

Alberto Cadoppi - Stefano Canestrari - Paolo Veneziani

# CODICE PENALE

commentato  
con dottrina e giurisprudenza



G. Giappichelli Editore

ESTRATTO



## PRESENTAZIONE DELL'OPERA

---

L'opera sotto il profilo giurisprudenziale dedica particolare attenzione agli interventi delle **Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione** degli ultimi anni, così come alle indicazioni provenienti dalle **Sezioni semplici** e dalle **Corti di merito** sempre numerose e utili nell'interpretazione della legge.

Dal punto di vista normativo si evidenziano i plurimi interventi del legislatore penale che ancora negli ultimi mesi hanno inciso in modo significativo sul codice e che sono confluiti nei vari commenti. Si pensi alla **riforma Lorenzin** entrata in vigore il **15 febbraio 2018** che ha coinvolto gli artt. 348, 589 e 590 c.p., alle aggravanti aggiunte dall'art. 22 della **l. 11 gennaio 2018 n. 6** al reato di calunnia, al recentissimo **d.lgs. 1 marzo 2018 n. 21** entrato in vigore il **6 aprile 2018** in attuazione del "principio della riserva di codice", che ha realizzato la trasposizione di una serie di fattispecie prima collocate nella legislazione complementare nel corpo del codice, mutandone significativamente la struttura ed infine al **d.lgs. 10 aprile 2018 n. 36** nella parte relativa alla modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati, disciplina entrata in vigore dal **9 maggio 2018**.

Tutte le rimarchevoli modifiche di questi ultimi anni sono confluite nei commenti che sono stati elaborati dai massimi esperti del settore con l'intento di compenetrare la riflessione teorica e pratica nell'interpretazione delle disposizioni codicistiche. Tra le modifiche più significative ricordiamo: la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione, l'introduzione dei delitti contro l'ambiente (artt. 452 *bis* e seguenti c.p.), nonché le novità intervenute in tema di autoriciclaggio (art. 648 *ter.1* c.p.), di contrasto al terrorismo, di contrasto alla violenza di genere, di contrasto al fenomeno mafioso e l'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p. concernente "responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario".

---

[www.spazioquaglia.it](http://www.spazioquaglia.it)

Libreria Quaglia s.a.s. C.so di Porta Vittoria 28, angolo V. Manara 1 – 20122 MILANO  
Tel. 02 54108547 E-mail [libreriaquaglia@spazioquaglia.it](mailto:libreriaquaglia@spazioquaglia.it) P. IVA 11194640154



## DIRETTORI DELL'OPERA

---

**ALBERTO CADOPPI** è professore ordinario di diritto penale nell'Università di Parma. Ha al suo attivo oltre 200 pubblicazioni in materia penale, fra cui si segnalano *Il reato omissivo proprio, Il valore del precedente nel diritto penale* e numerose edizioni del manuale, scritto insieme a Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale* (parte generale e due tomi di parte speciale). È direttore, con i proff. Canestrari, Manna e Papa, del *Trattato di diritto penale*, edito a Torino in più volumi.

**STEFANO CANESTRARI** è professore ordinario di diritto penale nell'Università di Bologna - Alma Mater Studiorum ove è stato Preside della Facoltà di Giurisprudenza per due mandati (dal 1° novembre 2004 al 31 ottobre 2010). È membro del Comitato Nazionale per la Bioetica. Nell'ambito della produzione scientifica, tra le opere più significative: *L'illecito penale preterintenzionale, Dolo eventuale e colpa cosciente, Manuale di diritto penale. Parte generale, Bioetica e diritto penale. Materiali per una discussione, Principi di biodiritto penale*. È direttore, con i proff. Cadoppi, Manna e Papa, del *Trattato di diritto penale*, edito a Torino in più volumi.

**PAOLO VENEZIANI** è professore ordinario di diritto penale nell'Università di Parma ed avvocato cassazionista. È stato per oltre dieci anni magistrato. È autore di numerosi lavori in materia penale, tra cui monografie, contributi a trattati, voci enciclopediche, articoli di dottrina e note a sentenza. Con Alberto Cadoppi ha scritto il manuale *Elementi di diritto penale* (parte generale e due tomi di parte speciale).

---

L'*Estratto* contiene, a titolo illustrativo, i tre seguenti commenti:

- **ART. 52 DIFESA LEGITTIMA**

di **Alberto Cadoppi** e **Gianluca Billo** (avvocato presso il Foro di Mantova, dottore di ricerca in diritto penale).

- **ART. 590 SEXIES RESPONSABILITÀ PER MORTE O LESIONI PERSONALI IN AMBITO SANITARIO**

di **Gian Marco Caletti** (avvocato presso il Foro di Bologna, dottore di ricerca in scienze giuridiche).

- **ART. 648 TER.1 AUTORICICLAGGIO**

di **Francesco Mazzacova** (giudice presso la Sezione penale del Tribunale di Modena, dottore di ricerca in diritto penale).



## 52 Difesa legittima

Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità;

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione (1).

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale (1).

(1) Il presente comma è stato aggiunto dall'art. 1, l. 13.2.2006 n. 59, recante modifica all'art. 52 c.p. in materia di diritto all'autotutela in un privato domicilio.

### Estremi Normativi di riferimento (codice ed extracodice)

✓ **Eccesso colposo** (art. 55 c.p.) ✓ **Scriminante putativa** (art. 59, co. 4, c.p.) ✓ **Attenuante della c.d. provocazione** (art. 62, n. 2, c.p.) ✓ **Violazione di domicilio** (art. 614, co. 1 e co. 2, c.p.) ✓ **Legittima difesa** (art. 2044 c.c.) ✓ **Difesa legittima** (art. 42 c.p. mil. pace)

### SOMMARIO

1. I fondamenti politico-criminali dell'istituto. – 2. Difesa di un "diritto proprio o altrui". – 2.1. Interpretazioni estensive del termine "diritto" e tipologie di diritti tutelabili. – 2.2. Difesa di un diritto "altrui" (c.d. soccorso difensivo). – 3. I caratteri del "pericolo". – 3.1. Attualità. – 3.2. Il dibattito sull'implicito requisito dell'" involontarietà" del pericolo. – 3.3. Legittima difesa del "provocatore". – 3.4. Sfida e duello. – 3.5. Rissa. – 3.6. Rapporti con l'attenuante della "provocazione" (art. 62, n. 2, c.p.). – 3.7. Accertamento concreto, in fase di giudizio. – 4. L'"offesa ingiusta". – 4.1. Offesa derivante da animali, soggetti immuni o non imputabili. – 4.2. Aggressione generata da un'omissione. – 4.3. Ingiustizia dell'offesa. – 5. La reazione difensiva e i suoi caratteri. – 5.1. Requisito della "necessità". – 5.2. Fuga (e *commodus discessus*). – 5.3. Requisito della "proporzione". – 5.4. *Offendicula*. – 6. La legittima difesa "domiciliare" o "allargata". – 6.1. Ragioni della riforma e natura giuridica della nuova legittima difesa. – 6.2. Presunzione riguardo alla "proporzione": "assoluta" o "relativa"? – 6.3. Condizioni per l'operatività della presunzione: il richiamo all'art. 614, co. 1 e co. 2, c.p. e l'uso di "un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo". – 6.4. *Segue*. Ipotesi *sub* co. 2, lett. a). – 6.5. *Segue*. Ipotesi *sub* co. 2, lett. b); questioni problematiche. – 6.6. Terzo comma: altri luoghi contemplati. – 6.7. Ulteriori e più recenti proposte di modifica della legittima difesa. – 7. La legittima difesa "putativa". – 8. I rapporti fra "eccesso colposo" e legittima difesa. – 9. La legittima difesa e i reati colposi. – 10. Questioni processuali. – 11. Casistica.

**1. I fondamenti politico-criminali dell'istituto** – I sostenitori della moderna teoria "tripartita" ricomprendono la legittima difesa fra le **cause di giustificazione**: la sua presenza esclude l'antigiuridicità del fatto tipico di reato, rendendolo conforme al diritto (sul concetto di "antigiuridicità", nonché sul ruolo e sul significato delle c.d. cause di giustificazione, cfr., tra gli altri, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2012, p. 245 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007, p. 249 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 195 ss.). La *ratio* della legittima difesa viene riferita, da parte della dottrina dominante, all'**interesse prevalente**: l'ordinamento, data l'ingiustizia dell'aggressione, riserva il maggior favore all'interesse dell'aggredito rispetto a quello dell'aggressore (v., ad esempio, F. ANTOLISEI,

*Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 300; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 277; in giurisprudenza, v. Cass. 6.5.1975 n. 11810), consentendo di "respingere la violenza con la violenza" sulla scorta del noto principio *vim vi repellere licet*. In passato, si è anche posto l'accento sulla necessità, da parte dell'ordinamento, di **delegare la potestà di polizia al singolo** quando non è possibile proteggerlo tempestivamente (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., II, Utet, Torino, 1981, p. 378 s.; v. anche G. MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., I, Zanichelli, Bologna, 1949, p. 304; vedasi, in giurisprudenza, Cass. 18.2.1968 n. 261); alcuni Autori hanno più recentemente menzionato tale necessità (v. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 248 s., i quali, dopo aver ravvisato la *ratio* della causa di giustificazione *de qua*, in conformità alla dottrina dominante, nell'interesse prevalente, citano il fondamentale di-



ritto del cittadino alla sicurezza personale e osservano che vi sono istanze in cui questi è costretto all'autodifesa, ravvisandosi in ciò la ragione della "sopravvivenza" della legittima difesa; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2007, p. 249, che riporta la tesi dell'"autotutela privata". Vi è, da ultimo, chi scorge nella scriminante in analisi anche un carattere **sanzionatorio**, disquisendo di "impedibilità" della condotta aggressiva (C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 46; analogamente, R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano. Parte prima. Diritto penale sostanziale*, II, Utet, Torino, 1958, p. 317; menzionano il carattere sanzionatorio della legittima difesa anche T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 499; P. FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilevi comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1394; più in generale, per un'ampia analisi delle varie teorie ideate dai giuristi per spiegare la difesa legittima, v. E. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima* (*diritto penale comune*), in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1964, p. 620 s., e, più di recente, anche in chiave comparatistica, A. SZEGO, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Cedam, Padova, 2003, p. 78 ss., nonché F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, III, p. 1353 ss., in cui si analizzano, in particolare, il panorama penalistico tedesco e quello anglosassone).

## 2. Difesa di un "diritto proprio o altrui".

**2.1. Interpretazioni estensive del termine "diritto" e tipologie di diritti tutelabili** – La dottrina, benché l'indicazione normativa riguardi la necessità di difendere un "diritto", fa spesso riferimento alla più **ampia nozione di "interesse protetto"** (G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Cedam, Padova, 1986, p. 383; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 278; T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., p. 500 s.; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 36; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 122 s.) o, comunque, a un generico concetto di "**situazione soggettiva attiva**", nel cui alveo si collocano quelli di "interesse legittimo", di "potestà" e di "diritto potestativo" (v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 249 s., il quale esclude, comunque, i beni collettivi; sulla stessa posizione si atesta M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., I, Artt. 1-84, Giuffrè, Milano, 2004, p. 554 s.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, p. 394 s., ritiene tutelabile "qualunque situazione giuridica soggettiva attiva di cui sia titolare un soggetto determinato", con esclusione degli interessi pubblici dello Stato-ordinamento e degli interessi diffusi e collettivi). La giurisprudenza ha escluso la rilevanza di mere situazioni "di fatto" (v. Cass. 17.11.1999 n. 2692, in cui si è ritenuto che l'uso di un parcheggio sito in area pubblica, derivante dall'occupazione del luogo in presenza di "persona interessata", non costituisca un diritto, nemmeno con riguardo all'esistenza di una consuetudine normativa), ma talvolta ha inteso il concetto di "diritto soggettivo" in modo molto ampio (Cass. 17.5.1954, in *Giust. pen.*, 1954, II, p. 970, si riferisce a qualsiasi "diritto" o "interesse" protetto, ivi comprese le servitù). In dottrina e in giurisprudenza, poi, si ritiene che la causa di giustificazione *de qua* sia invocabile quando si

tratti di difendere non solo la **vita** o l'**incolumità fisica**, ma anche ulteriori tipologie di diritti soggettivi, compresi i **diritti di carattere patrimoniale** (cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 250; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 383; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 555; in giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. 12.2.2004 n. 16908, secondo cui la scriminante è ammessa nei confronti di diritti sia personali, che patrimoniali; Cass. 13.4.1984 n. 5107; cfr. Cass. 14.3.2003 n. 20727, secondo cui i diritti patrimoniali possono essere difesi anche mediante atti di violenza, sempreché vi sia proporzione tra il danno che si potrebbe subire e la reazione posta in essere e purché il comportamento dell'agredito costituisca l'unico mezzo per evitare l'aggressione al patrimonio e non rappresenti l'occasione per una ritorsione; conformi su questi ultimi aspetti, Corte ass. Milano, 24.5.2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 2353 ss.; Cass. 11.5.1981 n. 5819); in più, si ritengono tutelabili l'**onore** e la **reputazione** (V. MANZINI, *op. cit.*, p. 385 s., prende in esame, oltre ai diritti di natura patrimoniale, la libertà personale, il pudore e l'onore; in giurisprudenza, sulla difesa dell'immagine e della reputazione, Trib. Rieti 8.3.2002, in *Giur. merito*, 2002, p. 1319 ss., che ha ritenuto scriminata la condotta di un impiegato A.S.L., accusato di **violenza privata** per aver danneggiato la macchina fotografica utilizzata da un reporter per riprenderlo, nell'ambito di un servizio sulle code agli sportelli, con modalità ritenute potenzialmente lesive della sua immagine e della sua reputazione), ma **non i diritti di credito** (T. PADOVANI, *La condotta omissiva*, cit., p. 709; concorda F. VIGANÒ, *sub art.* 52 c.p., in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Ippsoa, Milano, 2015, I, p. 920 s.).

**2.2. Difesa di un diritto "altrui" (c.d. soccorso difensivo)** – In tema di "soccorso difensivo", ossia di difesa di un terzo aggredito (che secondo taluno può essere **anche una persona giuridica**: v. R.A. FROSALI, *op. cit.*, p. 298; G. PENSO, *La difesa legittima*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 226), autorevole dottrina (M. ROMANO, *op. cit.*, p. 560; *contra*, F. VIGANÒ, *sub art.* 52 c.p., cit., p. 915) osserva che, data la completa **equiparazione normativa** del diritto "altrui" al diritto "proprio", le due situazioni sono perfettamente assimilabili; al più, si aggiunge che non è richiesta la volontà di difendersi in capo al terzo, essendo in proposito sufficiente che egli non esprima il suo consenso all'offesa. In presenza di tale consenso, se il bene di cui il terzo è titolare è "disponibile", il difensore (ossia chi ha prestato il soccorso) non potrà invocare la legittima difesa, ma eventualmente solo la legittima difesa putativa, mentre in caso di indisponibilità del bene, la scriminante sarà regolarmente applicabile (C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 45; in ordine alla difesa dell'"autoaggressore", cfr. V. MANZINI, *op. cit.*, p. 399 ss.).

## 3. I caratteri del "pericolo".

**3.1. Attualità** – L'attualità del pericolo postula un rischio che incombe al momento del fatto e **non un pericolo futuro o cessato**; ne consegue la tendenziale negazione della legittima difesa "anticipata" e di quella "posticipata" (F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 302 s., che ricorda l'ambiguità del codice Zanardelli in proposito; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 278; v. V. MANZINI, *op. cit.*, p. 388 s., il quale osserva, richiamando anche la "Relazione ministeriale sul progetto del codice penale", che quando l'offesa è semplicemente minacciata o si è già esaurita, possono semmai



invocarsi l'attenuante della provocazione o, qualora la reazione sia iniziata nell'attualità del pericolo, l'eccesso nella difesa; sulla questione, v. in giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass. 15.4.1999 n. 9695, secondo cui la reazione non è giustificabile quando l'azione lesiva sia ormai esaurita; Cass. 28.1.1991 n. 3494, che esclude, da un lato, l'attualità del pericolo riguardo ad un pericolo futuro o immaginario, ravvisandola, dall'altro, quando esso consista in una concreta minaccia già in fase di attuazione nel momento in cui si reagisce ovvero in una minaccia od offesa imminenti; Cass. 27.1.2010 n. 6591, che esclude la rilevanza della legittima difesa preventiva; Cass. 7.10.1988 n. 10837, che intende per "attuale" un pericolo presente o imminente, anziché già esaurito o futuro; ancora, v. Cass. 31.1.2017 n. 9164, secondo cui il pericolo deve essere concreto ed immediato, non potendo essere riconosciuta la legittima difesa quando il ricorrente concorre all'evento; sull'attualità del pericolo, vedansi anche Cass. 14.2.2017 n. 12274, con nota di S. GENTILE, *Se più persone intervengono per dividere i due contendenti non può invocarsi l'esimente della legittima difesa per lesioni prodotte, in Diritto e Giustizia*, 2017, fasc. 48, p. 20, e Cass. 23.5.2013 n. 29481). Alcuni Autori osservano, tuttavia, che la "legittima difesa anticipata" può ammettersi quando l'attesa del soggetto esposto a pericolo futuro lo porterebbe ad una situazione in cui sarebbe **troppo tardi per agire** (esaminano la questione A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 250 s.; G. MARI NUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 213 s.; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 397; cfr. anche F. VIGANÒ, *sub art. 52 c.p., cit.*, p. 912 s.). Esistono ipotesi in cui lo stato di pericolo perdura: tali casi, fra cui rientrano quello del **reato permanente** (v. Cass. 15.10.1968 n. 1322) e anche – più in generale – quelli in cui non si è ancora verificato, in costanza dell'offesa, il passaggio dallo stato di pericolo a quello di danno, sono ancora da **ritenersi di pericolo "attuale"** (G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 278; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 434; menziona, a titolo esemplificativo, il reato permanente, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 303; in giurisprudenza, v. Cass. 10.3.1992 n. 5429, secondo cui nella nozione di pericolo attuale rientrano anche i casi in cui il lo stato di pericolo perdura, purché il comportamento dell'aggressore riveli in modo chiaro la decisione di offendere e si protragga tramite comportamenti minacciosi posti in **continuità temporale**, senza interruzioni). A livello esemplificativo, si ricorda che la giurisprudenza di legittimità ha considerato cessato lo stato di pericolo: nelle ipotesi in cui l'agredito aveva disarmato l'aggressore e l'arma era passata nelle sue mani (Cass. 15.12.1972 n. 1488; Cass. 26.2.1971 n. 202); nei casi in cui l'aggressore si era allontanato voltando le spalle all'agredito (Cass. 4.2.1982 n. 6163; Cass. 28.9.1978 n. 366); quando l'aggressore aveva desistito o era stato posto nell'impossibilità di offendere (Cass. 25.1.1978 n. 5853).

**3.2. Il dibattito sull'implicito requisito dell'"involontarietà" del pericolo** – Parte della dottrina e pacificamente la giurisprudenza ritengono, pur nel silenzio della legge, che la legittima difesa sia invocabile solo nel caso in cui lo stato di pericolo sia "involontario", cioè **non volontariamente generato dall'agente** (cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, nota a Cass. 27.10.1954, in *Riv. pen.*, 1955, p. 886 ss., che esamina le possibili declinazioni della "volontarietà"; più di

recente, F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Dike, Roma, 2009, p. 635). In particolare, in giurisprudenza si rintracciano pronunce che negano che sia applicabile la legittima difesa in relazione al soggetto postosi per fatto proprio o volontariamente nella situazione di pericolo o che comunque l'abbia **prevista e liberamente accettata**, agendo nella previsione ragionevole di cagionare una reazione difensiva; in particolare, l'esclusione della scriminante avviene per l'assenza, secondo talune sentenze, del requisito della necessità della difesa (Cass. 12.5.2015 n. 617; Cass. 20.12.2011 n. 12740; Cass. 7.12.2007 n. 2911; nello stesso senso, Cass. 14.2.2006 n. 15025; Cass. 27.1.1983 n. 3664; Cass. 8.10.1984 n. 556, che verte sull'accettazione di uno scontro armato; Cass. 13.10.1982 n. 94; v. anche Cass. 21.1.1991 n. 4332, e Cass. 24.9.1999 n. 365, secondo le quali, visto che ciascuno dei due contendenti, in un quadro complessivo di sfida, ha contribuito a determinare la situazione di pericolo, difetta il requisito dell'inevitabilità di quest'ultimo, cosicché la scriminante non sarà invocabile da parte di nessuno di loro), mentre secondo altre difetta l'ingiustizia dell'offesa (Cass. 3.6.1980 n. 8691; Cass. 9.2.1988, 8503, la quale ritiene che l'involontarietà del pericolo sia strettamente connessa all'espressione "pericolo attuale di un'offesa ingiusta"; v. anche, nello stesso senso, Cass. 4.3.1992 n. 5424). Si segnala, però, come autorevole dottrina ritenga **inutile introdurre il requisito dell'involontarietà** del pericolo, non previsto sul piano normativo, considerando che agli esiti ai quali si giunge tramite tale elemento, in tema di esclusione della legittima difesa sia in capo al provocatore, sia nell'ipotesi in cui venga accettata una sfida o, ancora, in caso di rissa (v. *infra*, successivi paragrafi), è possibile pervenire anche per altre vie (sul punto, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 279 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251 s.; peraltro, vedasi in giurisprudenza Cass. 9.1.2004 n. 9606, e Cass. 7.6.2007 n. 27008, secondo cui, a differenza di ciò che accade per lo stato di necessità, la volontaria accettazione di una situazione di pericolo **non esclude per ciò solo** la sussistenza della legittima difesa, dato che la configurabilità della scriminante è esclusa solo dalla prevista necessità di dover commettere un reato per fronteggiare il pericolo, come sempre avviene se si accetta una sfida; perentoriamente, però, si è affermato – Cass. 18.7.2013 n. 41468 – come non sia invocabile la legittima difesa da parte di colui che accetti una sfida, ponendosi volontariamente in una situazione di inevitabile pericolo per la propria incolumità, fronteggiabile solo con l'aggressione altrui). Del resto – si è osservato in dottrina – l'assenza di indicazioni normative riguardo all'involontarietà nel caso della legittima difesa e, per converso, la menzione di tale elemento in ordine allo "stato di necessità" (art. 54, co. 1, c.p.), consentono decisamente di escludere che esso sia necessario per la sussistenza della scriminante in analisi (C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 35; concordano G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 280).

**3.3. Legittima difesa del "provocatore"** – Sebbene autorevole dottrina ritenga che l'aggressione sia "ingiusta anche se provocata dall'agredito" (F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 301) o affermi che "nessuna provocazione, per quanto grave, giustifica un'aggressione da parte del provocato contro il provocatore" (P. NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, nota a Cass. 4.8.1941, in *Riv. it. dir. pen.*,



1941, p. 509, che, però, fa salva l'ipotesi in cui "si tratti, per il provocato, di uno stato legittima difesa, reale o putativa"), la giurisprudenza spesso **esclude la configurabilità** della legittima difesa del "provocatore", ossia quella invocabile da chi ha agito in previsione di determinare una reazione aggressiva, trovandosi, così, esposto alla relativa situazione di pericolo (Cass. 10.1.1979 n. 2692, e, più di recente, Cass. 18.1.2005 n. 10406; in senso conforme, Cass. 4.4.2001 n. 20220; v. anche Cass. 12.11.1990 n. 1333, in cui si precisa che la legittima difesa non si configura nemmeno nel caso in cui l'agente abbia approfittato di una situazione di fatto, pur non generata da lui, per offendere anziché per difendersi); tuttavia, la scriminante è considerata **ammissibile** nei casi in cui la **reazione del soggetto provocato sia stata spropositata e imprevedibile** rispetto alla provocazione (in giurisprudenza, si dissquisisce di reazione "assolutamente imprevedibile e del tutto sproporzionata": Cass. 30.11.1978 n. 1569, e Cass. 28.11.1980 n. 837). Al riguardo, in dottrina si è tracciata la distinzione fra "provocazione esauritasi", in ordine alla quale non può sussistere la legittima difesa per mancanza dell'attualità del pericolo, e "provocazione in atto", riguardo alla quale è ammissibile la legittima difesa se la reazione è proporzionata (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251 s.; per un'analisi comparatistica dei rapporti fra legittima difesa e provocazione, v. P. FIERRO CENDERELLI, *op. cit.*, p. 1394 ss.).

**3.4. Sfida e duello** – Tendenzialmente, chi propone ad altri una sfida, che poi viene accettata, generando una prevedibile e proporzionata situazione di pericolo, rientra nella categoria dei "provocatori", di cui si è detto più sopra: in giurisprudenza, relativamente a tali ipotesi, si **esclude la scriminante** in esame (Cass. 9.2.1988 n. 8503, riguardo a chi promuove, armato, una sfida con comminatoria di morte; v. Cass. 14.1.1998 n. 2764). Essa non potrà essere invocata **neppure da parte di chi raccolga una sfida** (Cass. 27.11.2012 n. 4874; Cass. 10.11.2000 n. 13151; Cass. 4.5.1992 n. 6917; similmente, ma con riferimento all'art. 42 c.p.m.p., riguardante la difesa legittima nell'ambito dell'ordinamento militare, Cass. 22.3.1991 n. 6690) o, più in generale, da parte dei contendenti inseriti in un "quadro complessivo di sfida" (Cass. 24.9.1999 n. 365; Cass. 21.1.1991 n. 4332; in dottrina, nel senso dell'inammissibilità della legittima difesa in caso di sfida o di duello, v. F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 302; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 252; sul tema, si vedano però le distinzioni tracciate in C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 173 ss.); però, un'eccezione è determinata dalla presenza di una **reazione del tutto imprevedibile e sproporzionata** (v., ad esempio, Cass. 22.5.1981 n. 6235).

**3.5. Rissa** – La giurisprudenza ritiene che la legittima difesa **non possa trovare applicazione** riguardo al **reato di rissa** e nemmeno in relazione ai reati commessi nel corso della rissa stessa, in considerazione del fatto che i corrispondenti sono mossi da un reciproco intento offensivo ed accettano la situazione di pericolo in cui si sono volontariamente collocati (v. Cass. 9.10.2008 n. 4402, la quale precisa che in tale ipotesi difetta il requisito della necessità della difesa; v. anche Cass. 31.1.2017 n. 9164; si ribadisce la tendenziale incompatibilità fra legittima difesa e reato di rissa in Cass. 18.5.2017 n. 2188), configurandosi, tuttavia, un'eccezione in presenza di una **reazione del tutto imprevedibile e sproporzionata**, che configura un'offesa diver-

sa e più grave rispetto a quella inizialmente accettata (per l'orientamento descritto, v. Cass. 19.2.2015 n. 32381; Cass. 16.11.2006 n. 7635; Cass. 14.12.1992 n. 710; Cass. 24.9.1987 n. 730; Cass. 16.6.1982 n. 9513; v. anche Corte app. Palermo, 3.10.2016 n. 4163) ed anche nel caso in cui uno dei soggetti, intervenuto per difendere sé o altri dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, **non oltrepassi mai, durante l'azione, i limiti** di tale originaria partecipazione (Cass. 4.7.1980 n. 11785; sul punto, v. anche Cass. 30.11.1978 n. 1804, secondo cui non è invocabile la scriminante da parte di chi, lasciandosi coinvolgere inizialmente per reagire all'offesa altrui, abbia successivamente preso parte alla rissa con una violenza pari e simmetrica rispetto a quella degli avversari, animato da analoga volontà di sopraffazione e ritorsione).

**3.6. Rapporti con l'attenuante della "provocazione" (art. 62, n. 2, c.p.)** – La Corte di Cassazione ha stabilito che l'attenuante della provocazione e la legittima difesa non possono essere invocate da colui che propone o accetta una sfida (Cass. 4.5.1992, 6917; più di recente, Cass. 18.1.2005 n. 10406); in passato, aveva differenziato le due ipotesi osservando che, mentre la legittima difesa è fondata sulla necessità di proteggere un diritto contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, l'attenuante in parola presuppone una reazione vendicativa, costituita da un moto reattivo mosso da collera nei confronti di un fatto ingiusto; di conseguenza, è ben possibile escludere l'applicazione della causa di giustificazione, riconoscendo la presenza dell'attenuante (Cass. 24.11.1978 n. 1555).

**3.7. Accertamento concreto, in fase di giudizio** – Il giudice, per accertare se sussistesse realmente il "pericolo" nel momento in cui fu messa in atto la reazione difensiva, deve considerare anche i dati rintracciabili soltanto *ex post* e quindi non conoscibili *ex ante* (v. C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 69 ss., il quale si basa sull'operatività obiettiva della scriminante, pur ritenendo che, al di là di tale dato, sia comunque preferibile la visione *ex post*; al più, secondo T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., p. 502, sarà invocabile, se *ex ante* il pericolo è stato supposto erroneamente o sovrastimato rispetto a quello reale, la scriminante putativa, di cui all'art. 59, ult. co., c.p.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 250, aggiunge al criterio dell'accertamento del pericolo "su base totale", i parametri della "migliore scienza ed esperienza del momento storico" e del "grado della probabilità relativa dell'offesa"); tuttavia, si registrano, in dottrina e in giurisprudenza, posizioni secondo cui il giudizio deve essere espresso *ex ante* (v. anche F. ANTOLISEI, *op. cit.*, che, richiamando Cass. 17.2.2000 n. 4456, afferma: "sui requisiti dell'aggressione il giudizio dovrà essere espresso *ex ante*", tenendo conto "di tutte le modalità di fatto note aggredito nel momento in cui la subisce"; cfr. anche Cass. 3.5.2016 n. 33591, Cass. 22.10.2015 n. 47177 e Cass. 5.3.2013 n. 13370; più di recente, v. Trib. Ivrea 17.7.2017).

#### 4. L'"offesa ingiusta".

**4.1. Offesa derivante da animali, soggetti immuni o non imputabili** – La potenziale aggressione può provenire anche da **cose o animali**, sempreché sia rintracciabile un **soggetto** tenuto ad esercitare la vigilanza su questi ultimi; in tali ipotesi, saranno giustificate sia le reazioni contro gli animali o le cose, che quelle contro i soggetti astretti alla vigilanza (ritengono invocabile la scriminante, T. PADO-



VANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 695 s.; C.F. GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 40 s.; concordano G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 277; tuttavia, in senso contrario, V. MANZINI, *op. cit.*, p. 389 s.; G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 382; in giurisprudenza, in passato si è sostenuto che l'offesa ingiusta richiede una condotta umana responsabile, non essendo sufficiente all'uopo il danno prodotto da animali entrati nel fondo altrui: Cass. 5.5.1971 n. 1124; tuttavia, oggi si registra la diversa posizione di Cass. 23.4.2009 n. 25526, la quale ha asserito, annullando senza rinvio una condanna per l'uccisione di una volpe, che il requisito dell'ingiustizia dell'offesa non richiede necessariamente un'azione umana responsabile, essendo bastevole un danno arrecato da un animale). Inoltre, essa può provenire da **oggetti immuni o non imputabili** (G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 278; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251; più articolata si rivela la posizione di C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 41; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 390 ss., traccia ulteriori distinzioni, ad esempio relative alle cause dell'assenza di "capacità penale", escludendo in taluni casi l'applicabilità della scriminante, ed esamina anche la minaccia proveniente dalla "folla"; v. F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 399 s., sui soggetti non imputabili o agenti in condizioni di coercizione psichica).

**4.2. Aggressione generata da un'omissione** – L'aggressione, da cui è legittimo difendersi, può anche essere generata da una **condotta omissiva** (si veda la parte conclusiva dell'ampia analisi di T. PADOVANI, *La condotta omissiva*, cit., 710 ss.; concordano M. ROMANO, *op. cit.*, p. 556; S. DEL CORSO, *sub art. 52*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, IV ed., I, *Artt. 1-413*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 413, che inquadra nella condotta omissiva l'aggressione da parte di animali, di cui sopra).

**4.3. Ingiustizia dell'offesa** – Secondo autorevole dottrina, è da ritenersi "ingiusta" l'offesa *contra jus*, cioè contraria ai precetti dell'ordinamento giuridico (F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 301; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 389, definisce ingiusta l'offesa che crea una "situazione soggettiva contraria al diritto"). Alcuni Autori dissentono dall'opinione secondo cui "ingiusta" è sinonimo di "antigiuridica", proponendo di ritenere ingiusta l'offesa nei casi in cui l'aggressione **non sia espressamente "facoltizzata" dall'ordinamento** (C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 36; concordano G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 280 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 251, ritiene ingiusta l'offesa "non jure, cioè arrecata al di fuori di qualsiasi norma che la imponga (...) o la autorizzi"; A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 435, citando un suo precedente scritto, disquisisce invece di aggressione "contraria alle valutazioni sociali di giustizia che costituiscono il substrato sostanziale del nostro ordinamento giuridico"; esamina anche il caso delle aggressioni realizzate in stato di necessità *ex art. 54 c.p.* e in esecuzione di un ordine illegittimo insindacabile, F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 400 ss.). In dottrina (F. VIGANÒ, *sub art. 52 c.p.*, cit., p. 917 ss.), ci si è chiesti se possa essere qualificata "offesa ingiusta" quella recata al privato da parte del pubblico funzionario che agisca abusando dei suoi poteri. L'analisi va svolta tenendo in considerazione quanto previsto dall'art. 393-bis c.p., in tema di reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale: nei casi in cui il privato usi la forza al fine di opporsi al compimento di un atto arbitrario da parte della pubblica autorità (o di costringerla a compiere un

atto arbitrariamente omesso), l'esimente in parola (*ex art. 393-bis c.p.*) opera quale causa di giustificazione "speciale" rispetto alla legittima difesa; nei casi in cui il privato reagisca solo verbalmente nei confronti del compimento di un atto arbitrario della pubblica autorità, ci si trova di fronte a un'ipotesi speciale della causa scusante della provocazione nei reati contro l'onore di cui all'art. 599 c.p.

### 5. La reazione difensiva e i suoi caratteri.

**5.1. Requisito della "necessità"** – Il concetto di "necessità" della difesa viene usualmente abbinato, dalla dottrina, a quello di **inevitabilità** della reazione. In particolare, l'inevitabilità viene spesso considerata "in concreto", con riferimento all'esigenza di tener conto di tutte le circostanze del caso singolo, cosicché il giudizio che la riguarda assume un carattere "relativo" (F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 304; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 281). Autorevolmente, si propende per ritenere sussistente la necessità solo nelle ipotesi in cui l'agredito abbia utilizzato, fra quelle a disposizione, le **modalità difensive meno dannose** per l'aggressore (C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 28; sul punto, concordano: G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 281; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 254; T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., p. 511 s.). In linea con le opinioni da ultimo descritte, in giurisprudenza si ritiene che la reazione debba essere, nel caso specifico, **l'unica possibile**, in quanto non sostituibile con un'altra meno dannosa per l'aggressore e ugualmente in grado di proteggere il diritto minacciato (Cass. 25.5.1993 n. 9256; si vedano anche Cass. 18.4.1977 n. 9916, secondo cui la reazione è necessaria quando non vi è la possibilità scegliere fra più soluzioni, cioè di agire in modo diverso; Cass. 10.2.1984 n. 8820, in cui si afferma che la necessità di difendersi sussiste quando il soggetto non si può sottrarre al pericolo senza offendere l'aggressore; invece, Cass. 4.7.2006 n. 32282, e Cass. 1.12.1995 n. 2554, per giungere ai medesimi esiti, svolgono una lettura congiunta delle espressioni normative "necessità di difendere" e "sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa").

**5.2. Fuga (e commodus discessus)** – Con riferimento ai casi in cui l'agredito abbia la possibilità di sottrarsi all'aggressione tramite la fuga, ma scelga di non avvalersene, parte della dottrina era un tempo propensa a concedere comunque l'applicazione della scriminante, sulla base del riferimento alla **dignità** dell'individuo aggredito: "nessuna legge può rendere obbligatoria la vigliaccheria", si affermava (G. MAGGIORE, *op. cit.*, p. 312). Con riferimento alle ipotesi in cui la fuga costituisca un **commodus discessus** ("fuga comoda"), si registrano atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza tendenti a limitare l'invocabilità della legittima difesa ai casi in cui la ritirata può essere svolta solo con modalità che facciano apparire "vile" il soggetto aggredito (G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 384; V. MANZINI, *op. cit.*, p. 407, il quale afferma che se il **commodus discessus** è non solo possibile, ma anche perfettamente **sicuro, agevole e non vergognoso**, deve essere praticato; A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 436; Cass. 28.5.1982 n. 10417, secondo cui la fuga non è obbligata quando può essere disonorevole; v. anche Cass. 24.11.1978 n. 1555, in cui si precisa che l'agredito è tenuto ad allontanarsi o, almeno, ad utilizzare un mezzo differente rispetto alla reazione costituente reato, quando gli è possibile senza perdere la propria dignità; più recen-



temente, Cass. 28.1.2003 n. 5697, riguardo ad un caso in cui l'agredito avrebbe ben potuto allontanarsi tramite la propria autovettura, anziché andarci a recuperare una pistola per uccidere l'aggressore, ha asserito che non è applicabile la scriminante se vi è la possibilità di ritirarsi senza pregiudizio e disonore; si veda anche Cass. 23.1.1992 n. 5414, secondo cui la legittima difesa non è invocabile da parte di chi reagisca, nonostante fosse possibile sottrarsi all'aggressione senza compromettere la propria dignità; sulla stessa scia si colloca Cass. 7.7.1992 n. 9708, in cui peraltro, come del resto in Cass. 17.6.1992 n. 8509, si esclude che possa essere richiesto all'agredito un *modus discensus* "preventivo", in presenza cioè di un'aggressione solo ipotetica). Al di là del risalente riferimento alla dignità dell'agredito, più recentemente è emerso il riferimento al criterio del "bilanciamento degli interessi", in base al quale l'agredito non è tenuto alla fuga quando praticandola esporrebbe i suoi beni personali o beni di altri a rischi maggiori di quelli che incombono sui beni dell'aggressore (v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 282; similmente, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 253 s.). Si è anche affermato che è necessario **limitare l'obbligo della fuga ad ipotesi eccezionali** e che nelle situazioni in cui l'agredito può ottenere un immediato ed efficace aiuto delle forze dell'ordine, tramite una facile fuga, egli deve percorrere questa via (A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 252 s.; in giurisprudenza, si è affermato che è da escludersi il requisito della necessità della difesa quando, pur essendo possibile, in caso di aggressione armata, trovare rifugio nella propria abitazione, dalla quale invocare soccorso o almeno allontanarsi dal luogo dell'aggressione **senza difficoltà**, non ci si avvalga di tale possibilità: Cass. 10.12.2008 n. 4890; Cass. 29.11.2012 n. 1490, affronta un caso in cui l'imputato, per sfuggire da una lite, si era accorto di aver investito una persona con la propria auto e, nonostante sapesse che l'investito fosse a terra sotto le ruote, aveva ritenuto di allontanarsi passandovi sopra; in tale ipotesi, non si sono ritenuti applicabili né la legittima difesa, né l'eccesso colposo, a motivo dell'assoluta sproporzione fra la lite e la condotta di chi voleva sottrarsi alla stessa).

**5.3. Requisito della "proporzione"** – Un criterio risalente, proposto sia in dottrina che in giurisprudenza per la valutazione della proporzione fra reazione difensiva ed offesa, riguarda i **mezzi a disposizione** dell'agredito, anziché il raffronto fra il male inizialmente minacciato e il male inflitto: la proporzione sussiste anche se l'agredito cagiona all'aggressore un'offesa maggiore rispetto a quella che incombeva su di lui, purché egli abbia fatto uso dell'**unico mezzo** di cui disponeva al momento dell'aggressione (G. MAGGIORE, *op. cit.*, p. 315, dopo aver asserito che la reazione deve essere "proporzionata all'offesa nei mezzi e nel grado", illustra chiaramente il criterio proposto, basato sul puro confronto fra i mezzi che in concreto l'agredito aveva a sua disposizione; cfr. V. MANZINI, *op. cit.*, p. 414 s.; O. VANNINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, V ed., Cya, Firenze, 1954, p. 173 s., che, a sostegno della tesi, richiama un passo della "Relazione al Re" sul codice penale; in giurisprudenza, cfr. Cass. 6.12.1968 n. 1262; Cass. 1.4.1968 n. 540; si sono registrati già in passato, tuttavia, alcuni **temperamenti**, costituiti dalla necessità di considerare, nell'ambito del confronto fra i mezzi, **la natura e l'entità del pericolo** che realmente incombeva

sull'agredito, specie nei casi di reazioni esteriorizzate con strumenti micidiali: Cass. 10.4.1978 n. 10892; Cass. 7.2.1989 n. 2768, in cui si precisa che se il mezzo usato era l'unico a disposizione non può prescindere dal valutare se questo potesse essere utilizzato con modalità meno lesive). Contro la rigida visione descritta (avversata già da tempo in dottrina: v., ad esempio, G. PENSO, *op. cit.*, p. 248 ss.), è stato ideato un criterio che richiede di considerare il **rapporto fra i beni giuridici in conflitto** (si vedano, ad esempio, F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 306, il quale ritiene che non si possa prescindere dalla proporzione fra il diritto leso e quello minacciato; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Cedam, Padova, 1973, p. 318 s., secondo cui, comunque, non deve essere svolto un "bilanciamento meccanico quantitativo" fra i beni, bensì "una valutazione degli stessi in base alle dominanti concezioni etiche"; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 31; per un'analisi delle origini della tesi del bilanciamento dei beni e delle relative implicazioni, v. A. SZEGO, *op. cit.*, p. 310 ss.; menzionano la gerarchia di valori presente nella Costituzione e condivisa globalmente dalla collettività, la quale è in grado di imporre i limiti che marcano la distinzione fra la tutela di un bene patrimoniale e la perdita della vita umana F. SARNO, M. SARNO, *L'evoluzione della legittima difesa*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 6). Esso ha incontrato il favore della giurisprudenza, che ormai richiede usualmente la doppia valutazione, riguardo cioè **sia ai mezzi che ai beni** (Cass. 13.4.1987 n. 8204, secondo cui il giudizio di proporzione, formulato sia in ordine ai beni giuridici in conflitto che riguardo ai mezzi, deve essere di tipo qualitativo e relativistico e secondo cui, visto che il soggetto agredito non ha la capacità di valutare, nel caso specifico, il pericolo reale e gli esiti della reazione, la sussistenza della proporzione non difetta nelle ipotesi in cui il male procurato all'aggressore sia di **intensità lievemente superiore** rispetto a quella del male minacciato; sul confronto fra i beni in gioco, cfr. Cass. 26.11.2009 n. 47117, Cass. 10.11.2004 n. 45407, e Cass. 20.6.1997 n. 6979, le quali osservano che, in caso di eterogeneità dei beni in conflitto, difetta l'elemento della proporzione quando l'interesse leso abbia un'importanza, in base alla gerarchia dei valori posta dalla costituzione, marcatamente superiore a quello protetto e il danno prodotto sia notevolmente superiore a quello minacciato; v. anche Cass. 5.11.2014, 51070, con nota di G. PERROTTA, *Disarma il suo aggressore e lo pugna a morte: è omicidio volontario, attenuato dall'eccesso colposo di legittima difesa*, in *Diritto e Giustizia*, 2014, fasc. 1, p. 4 ss.). Tale criterio è accolto oggi dalla maggioranza della dottrina (v., ad esempio, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 283, secondo cui "all'agredito che si difende non è consentito di ledere un bene dell'aggressore marcatamente superiore a quello posto in pericolo dall'iniziale aggressione illecita"; A. PAGLIARO, *op. cit.*, p. 437 s.), anche se spesso si precisa che occorre si raffrontare i beni in gioco, ma anche considerare i mezzi a disposizione dell'agredito (A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 253, secondo cui i mezzi a disposizione possono assumere rilievo per la valutazione della complessiva vicenda che vede posti di fronte aggressore ed agredito; M. ROMANO, *op. cit.*, p. 559, il quale specifica, tra l'altro, che il confronto fra i beni deve essere svolto tenendo conto di "tutte le circostanze oggettive contingenti", e non in astratto; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 254 s.). Sul te-



ma, si rivela opportuno segnalare il riferimento svolto da attenta dottrina all'**art. 2 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo**, da cui si evince che la privazione della vita non è illegittima solo nel caso in cui si tratti di respingere una violenza alla persona (per il riferimento *de quo*, v. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 152 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 283; C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 31; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 255; più di recente, a commento dell'intervento riformatore del 2006, A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata")*: molto fumo e poco arrosto, in *Dir. pen. proc.*, 2006, IV, 435 s.; menziona l'art. 2 C.E.D.U. svolgendo un'analisi in chiave comparativistica, con particolare riguardo all'omicidio per legittima difesa, V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (parte II)*, in *Arch. pen.*, 2015, I, p. 194 ss.), con la conseguenza che rimarrebbe esclusa la possibilità di invocare la legittima difesa da parte di colui che ha ucciso per proteggere solamente beni di carattere non personale. Per effettuare la comparazione fra i beni in gioco, occorre distinguere l'ipotesi in cui essi sono **omogenei** da quella in cui sono **eterogenei**: nel primo caso è sufficiente valutare il "grado" delle due offese, mentre nella seconda ipotesi occorre svolgere in primo luogo un bilanciamento degli interessi, per poi passare alla valutazione del rispettivo grado di offesa (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 255, il quale precisa che il confronto fra i beni deve rimanere ancorato, nei sistemi "a legalità formale", alla gerarchia di valori espressa dall'ordinamento e, in primis, dalla Costituzione; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 283 s.; v., più di recente, Cass. 1.4.2016 n. 36987, che, in relazione ad un'aggressione terminata con un accoltellamento da parte della persona più debole fisicamente nei confronti di quella più robusta, ricorda che è regola di esperienza quella secondo cui il soggetto che sia reiteratamente aggredito reagisca come possa, secondo la concitazione del momento, non essendo tenuto a calibrare l'intensità della reazione, finalizzata alla cessazione della condotta lesiva avversa, salva l'ipotesi di manifesta sproporzione della reazione stessa; similmente, v. Cass. 24.2.2011 n. 25608, con nota di A. SALERNO, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1752 ss.; v. anche Cass. 31.1.2017 n. 11084, secondo cui eccede il limite della proporzione tra l'offesa subita e la reazione legittima la condotta dell'imputato che, a fronte del comportamento, sebbene ingiusto, della persona offesa che lo aveva minacciato e spintonato, lo colpisce con un pugno al volto provocandogli una frattura nasale; in relazione ad un altro caso in cui è stata ritenuta insussistente la scriminante *de qua*, a motivo della sproporzione della reazione difensiva, che aveva prodotto nel persecutore lesioni personali aggravate, v. Cass. 20.10.2017 n. 53313). Il giudizio di proporzione, secondo la giurisprudenza, deve essere svolto nella prospettiva *ex ante* (v., tra le altre, Cass. 4.7.2006 n. 32282; Cass. 10.11.2004 n. 45407; Cass. 6.4.1987 n. 9060; per la contraria opinione in dottrina, v. F. VIGANÒ, *sub art. 52 c.p.*, cit., p. 936).

**5.4. Offendicula** – La questione dei c.d. *offendicula*, ossia degli ordigni, come il filo spinato, posti a difesa di una proprietà ed arrecanti un danno fisico all'aggressore, se un tempo veniva ricondotta all'operatività dell'art. 51 c.p., sulla base dell'esercizio del diritto di proprietà (V. MANZINI, *op. cit.*, p. 422; F. ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 287; in giu-

risprudenza, v. Cass. 24.1.1990 n. 5141; Cass. 1.12.1994 n. 12576; criticamente, riguardo a tale impostazione, F. MANTOVANI, voce "*Offendicula*", in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 758 ss.), è stata poi risolta da una parte della dottrina concedendo l'applicazione della legittima difesa nei casi in cui gli strumenti siano rivolti a cagionare **offese corrispondenti "alle necessità difensive ed al valore del bene protetto"** ed escludendola, viceversa, in caso di potenzialità lesiva **sproporzionata** rispetto al bene tutelato (T. PADOVANI, voce *Difesa legittima*, cit., p. 503; sul punto, si veda l'ampia analisi di C.F. GROSSO, voce *Offendicula*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 750 ss., che invoca un intervento legislativo *ad hoc*, pur ponendo in rilievo il ruolo dei beni in gioco; in giurisprudenza di merito, Corte ass. Latina 16.12.1986, in *Giur. merito*, 1988, p. 132 ss., si è stabilito, per il caso di un *offendiculum* consistente in un fucile da caccia, rivolto all'altezza del petto di un individuo di statura media, predisposto per sparare automaticamente in caso di forzatura e successiva apertura della porta di un ovile, che qualora tale congegno cagioni la morte dell'aggressore del patrimonio – evento di cui il proprietario ha quantomeno accettato il rischio di verifica – non saranno configurabili né la legittima difesa né l'eccesso colposo, dovendosi ritenere invece sussistente il delitto di omicidio doloso premeditato). In dottrina si è ritenuto che **non** dovrebbe guardarsi tanto alla rigida **proporzione fra i beni** in gioco, **quanto alla "non visibilità"** e alla **"non insidiosità"** degli *offendicula* (A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 254).

## 6. La legittima difesa "domiciliare" o "allargata".

**6.1. Ragioni della riforma e natura giuridica della nuova legittima difesa** – Sotto la spinta delle preoccupazioni manifestate dall'opinione pubblica riguardo alle sempre più frequenti incursioni da parte di malviventi in private abitazioni o in esercizi commerciali, le quali degenerano spesso in esiti nefasti, e quindi sulla base di gravi episodi di cronaca, da tempo si discute intorno all'esigenza di riformare l'istituto della legittima difesa (v. A. CADOPPI, "Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto". *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1396 ss., in cui si analizzano anche i rapporti fra *Kulturformen* e legittima difesa; per un'analisi della legittima difesa "di fronte all'emergenza sociale e mediatica", cfr. S. SAVI, *Osservazioni sulla legittima difesa alla luce delle recenti proposte di modifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 938 ss.) e numerose si sono rivelate le proposte volte ad **ampliare la sfera di "autotutela" legittima** dei cittadini nei confronti del crimine (per un'analisi della genesi della riforma, F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 191 ss. e, in precedenza, in una prospettiva *de lege ferenda*, A. CADOPPI, "Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto", cit., p. 1377 ss., in cui si esaminano le recenti proposte di riforma dell'istituto in esame, prima di passare a un'analisi storico-comparativistica, in cui si affronta, tra l'altro, il tema della liceità, o meno, dell'uccisione del "ladro notturno"; F. VIGANÒ, *Spunti per un "progetto alternativo" di riforma della legittima difesa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2001 ss.; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o*



trasfigurazione?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 834 ss., che analizza in chiave storico-comparatistica il requisito della proporzione; si veda, per un'analisi storica dell'istituto connessa alla riforma del 2006, F. SIRACUSANO, *Questioni ancora aperte sulla riforma della legittima difesa*, in *Ind. pen.*, Cedam, Padova, 2008, p. 7 ss.). Così, la **I. 13.2.2006 n. 59**, ha configurato la legittima difesa c.d. allargata o domiciliare, introducendo i co. 2 e 3 dell'art. 52 c.p., i quali, comunque, hanno suscitato dubbi interpretativi e pesanti critiche (v., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 219, i quali ritengono che l'esito della riforma sia ben compendiato nella formula "licenza di uccidere"); come si vedrà addentrandosi nell'analisi, al di là delle eccessive accuse e dei trionfalismi di talune frange politiche, si ritiene che ci si trovi di fronte ad una norma-manifesto, la quale probabilmente non rivoluzionerà la fisionomia della legittima difesa (così A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 440). Una prima questione affrontata dalla dottrina riguarda la natura della legittima difesa "domiciliare": se la maggioranza degli Autori ritiene che essa **non costituisca una nuova scriminante**, del tutto distinta dal disposto di cui al co. 1 dell'art. 52 c.p. (G. FLORA, *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 462 s.; F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 203), taluno sostiene che essa si pone su un piano di eterogeneità rispetto alla tradizionale legittima difesa, costituendo un'**autonoma causa di giustificazione** (T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze*, in *Guida dir.*, 2006, XIII, p. 52). Parteggiando per la prima visione, che pare da accogliere, si richiede, per la sussistenza della legittima difesa, **la presenza di tutti i requisiti di cui al primo comma**, salvo quanto precisato riguardo alla proporzione dai commi successivi (parlano in proposito di un'**ipotesi "speciale"** di legittima difesa, F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 432 ss.; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 407; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 322; in giurisprudenza, cfr., tra le altre, Cass. 27.5.2010 n. 23221); in particolare, l'attenzione va focalizzata sull'elemento, di carattere oggettivo, del contesto domiciliare e sulle specifiche finalità difensive delineate dal secondo comma. Se, invece, si aderisce alla tesi alternativa, se ne inferisce che la valutazione relativa alla presenza della scriminante di nuova introduzione assume un carattere autonomo, prescindendo dai requisiti tradizionalmente richiesti dal primo comma.

**6.2. Presunzione riguardo alla "proporzione": "assoluta" o "relativa"?** – Se si versa nelle situazioni concrete tratteggiate dal co. 2 (e 3) dell'art. 52, l'elemento della "proporzione", di cui si fa parola al primo comma, è **presunto**. Su questo aspetto si attestano le reali novità della riforma. Tuttavia, ci si interroga sul carattere "assoluto" o "relativo" della presunzione: in base alla tesi, maggioritaria, della **presunzione iuris et de iure** (sostenuta da E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacro-sante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, IV, p. 432; G. FLORA, *op. cit.*, p. 463; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 217; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 407 ss.), sussiste inequivocabilmente, in presenza degli elementi indicati nel secondo comma, il requisito della

proporzione, di talché non è consentito all'accusa fornire la prova contraria, mentre l'adesione alla teoria della presunzione *iuris tantum* comporta il ritenere, da un lato, che l'agredito non sia tenuto a provare la sussistenza del requisito in parola e, dall'altro, che l'accusa abbia la possibilità di provare, pur in presenza degli elementi di cui al secondo comma, l'inesistenza della proporzione sia reale, che putativa (sostiene tale tesi, F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., p. 441 ss., ribadendola in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 257; ritengono che si tratti di presunzione relativa anche F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 635 s.). In giurisprudenza (Cass. 28.6.2006, n. 25339), si è genericamente affermato che la novella legislativa ha **stabilito per legge la proporzione** fra i mezzi disponibili, nel caso di violazione di domicilio da parte dell'aggressore, alla quale viene contrapposto, al fine di salvaguardare la propria incolumità o propri beni, l'uso di un'arma legittimamente detenuta. La prospettiva della presunzione assoluta si sposa con le preoccupazioni (di cui si è riferito più sopra) che hanno indotto il legislatore all'intervento riformatorio, le quali sono legate alla necessità di limitare la discrezionalità del giudice riguardo alla proporzione, nei casi sempre più frequenti di incursioni all'interno di private dimore e di esercizi pubblici (F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 202; lo osserva anche G. FIANDACA, *sub art.* 52, in A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, V ed., Cedam, Padova, 2008, p. 201; ritiene che la presunzione di "proporzione" contrasti con il principio costituzionale di eguaglianza M. LEPERA, *Il requisito della proporzione tra difesa e offesa nella legittima difesa domiciliare: tra interpretato abrogans e illegittimità costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1269 ss.).

**6.3. Condizioni per l'operatività della presunzione: il richiamo all'art. 614, co. 1 e co. 2, c.p. e l'uso di "un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo"** – Il primo elemento che si richiede affinché operi la presunzione in esame è la presenza di una **violazione di domicilio**, come indicato dall'espressione "nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma", che apre il co. 2 dell'art. 52 c.p.; in particolare, è necessario che tale fattispecie, come si è precisato in dottrina, sia già giunta a consumazione, mentre nell'ipotesi di tentativo continuerà ad applicarsi la legittima difesa "ordinaria" (F. VIGANÒ, *sub art.* 52, cit., p. 938; Cass. 16.2.2007 n. 12489, richiede l'**introduzione effettiva** nel domicilio, contro la volontà dei titolari dello *ius excludendi*). A beneficiare della presunzione può essere "taluno legittimamente presente" nei luoghi indicati dall'art. 614, ossia l'**abitazione, ogni altro luogo di privata dimora o le appartenenze di essi** e quindi **non solo il titolare dello ius excludendi** (v. Cass. 8.11.2017 n. 8090, con nota di A. GASPARRE, *Legittima difesa domiciliare: rientra nella nozione di appartenenza alla privata dimora anche la soglia dell'abitazione*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, fasc. 33, p. 17, secondo cui rientra nella nozione di appartenenza alla privata dimora anche la soglia dell'abitazione, con la conseguenza che, se sussistono gli altri requisiti della necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, la proporzionalità tra offesa e difesa è presunta; cfr. anche Cass. 14.3.2013 n. 19375, secondo cui l'abitacolo di un'autovettura non è qualificabile quale domicilio o luogo ad esso equiparabile); ovviamente, non è contemplato fra i benefi-



ciari l'autore della violazione di domicilio (per tali questioni, v. F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., p. 436; F. VIGANÒ, *sub art. 52*, cit., p. 939), cui sarà al limite applicato il co. 1 dell'art. 52, con i limiti di consueto previsti per chi abbia provocato l'aggressione tramite la sua condotta illecita (F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 205; sulla legittima difesa del "provocatore" e sugli aspetti connessi, v. *supra*, § 3.3).

Con riguardo ai luoghi indicati dall'art. 614, co. 1, c.p., si segnala che in giurisprudenza, benché affrontando un caso relativo ai luoghi indicati nell'art. 624-*bis*, co. 1, c.p. (riferito alla fattispecie di furto in abitazione), si è autorevolmente precisato che l'interpretazione letterale e sistematica della norma "consente di delineare la nozione di privata dimora sulla base dei seguenti, indefettibili elementi: a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare" (Cass. S.U. 23.3.2017 n. 31345, con nota di E. LAROTONDA, *Privata dimora e luogo di lavoro: realtà coincidenti o distinte?*, in *Diritto e Giustizia*, 2017, fasc. 109, p. 7). Da qui, dopo aver osservato che la conferma che i luoghi di lavoro non costituiscono di per sé privata dimora si ricava dall'art. 52 c.p., co. 3, e che se, quindi, "la nozione di privata dimora comprendesse indistintamente tutti i luoghi in cui il soggetto svolge atti della vita privata, non vi sarebbe stata alcuna necessità di aggiungere l'art. 52, comma 3 per estendere l'applicazione della norma anche ai luoghi di svolgimento di attività commerciale, professionale o imprenditoriale", le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto secondo cui, ai fini della configurabilità del reato *ex art. 624-bis c. p.*, "i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di privata dimora, salvo che il fatto sia avvenuto all'interno di un'area riservata alla sfera privata della persona offesa", rientrando nella nozione di privata dimora di cui all'art. 624-*bis c.p.* "esclusivamente i luoghi, anche destinati ad attività lavorativa o professionale, nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare" (ancora, v. Cass. S.U. 23.3.2017 n. 31345). Per ciò che concerne il co. 3 dell'articolo in esame, v. *infra*, § 6.6.

L'indicazione normativa successiva, "usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo", porta a concludere nel senso dell'**inapplicabilità della legittima difesa domiciliare in caso di omessa denuncia dell'arma** secondo i canoni di legge; in tal caso, potrà evidentemente sussistere l'autonoma responsabilità penale riguardante tale omissione. La precisazione intorno alla legittimità della detenzione, che pare ispirata dal *favor* che l'ordinamento manifesta nei confronti del cittadino onesto (in senso critico, però, v. F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 206, che richiama una logica da "tipo d'autore") o comunque legata alle presumibili garanzie di un uso più controllato e non spregiudicato dell'arma, offerte da chi abbia ottenuto la relativa autorizzazione (F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune*, cit., p. 437), genera senz'altro una discutibile differenziazione fra l'ipotesi in cui venga uti-

lizzata un'arma e quella in cui si usi "altro mezzo idoneo" alla difesa, per il quale non è richiesta invece alcuna denuncia. La norma richiede, poi, che i suddetti mezzi siano utilizzati al fine di difendere "la propria o la altrui incolumità" (co. 2, lett. a) ovvero "i beni propri o altrui, quando non vi è resistenza e vi è pericolo d'aggressione" (co. 2, lett. b). Prima di passare all'esame delle due ipotesi, si osserva che l'esclusione della discrezionalità del giudice in merito alla valutazione della proporzione, data la presunzione legislativa di cui si parlava più sopra, si rivelerebbe infelice se conducesse all'applicazione della scriminante senza una verifica riguardo agli effetti prodotti dall'uso dell'arma o di altro mezzo idoneo. Non va dimenticato, però, che secondo la dottrina maggioritaria **l'intervento normativo si è appuntato solo sulla proporzione**, lasciando **inalterato il requisito della necessità** di cui al co. 1 dell'art. 52, la cui sussistenza il giudice dovrà verificare (così A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 438, e F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 206; espongono invece riserve critiche sul punto, evidenziando che la *ratio* della riforma verrebbe elusa da un'interpretazione del parametro della necessità alla luce del criterio della proporzionalità "in concreto", G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 288; vedasi anche Cass. 7.10.2014 n. 50909; esprime perplessità riguardo alla posizione maggioritaria, M. LEPERA, *op. cit.*, p. 1268, che afferma: "a ben vedere, l'applicabilità – così come ritenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria – anche alla legittima difesa domiciliare del requisito della necessità della condotta difensiva si risolve in una manifesta interpretazione abrogans della presunzione di proporzione, che riduce la nuova fattispecie di legittima difesa in un inutile doppione della fattispecie dell'art. 52, co. 1, c.p.): esso impone di valutare, come ribadisce la giurisprudenza (v. Cass. 14.5.2008 n. 25653, in cui si precisa che il significato da assegnarsi al requisito della necessità non muta a seguito della riforma), se la reazione fosse **sostituibile da un'altra meno lesiva** ed in grado comunque di tutelare l'agredito, dovendosi escludere la scriminante in tale ipotesi (v. anche *supra*, § 5.1). Di conseguenza, essa non sarà invocabile nei casi in cui l'aggressore sia stato ucciso, mentre sarebbe bastato esplodere colpi di arma a semplice scopo di avvertimento o, al limite, verso parti del corpo non vitali (così, ancora, F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova' legittima difesa*, cit., p. 206 s.; A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 438 s., il quale precisa che se un soggetto non ha a disposizione, in concreto, altri mezzi, potrà usare quello di cui dispone, ma secondo le **modalità meno lesive** per l'aggressore).

**6.4. Segue. Ipotesi sub co. 2, lett. a)** – La prima ipotesi, *sub lett. a)*, concerne indubbiamente la difesa della **vita** e dell'**incolumità fisica**. La formulazione normativa non solleva particolari problematiche, anche se, a fronte di chi propende per una visione ristretta del vocabolo "incolumità" (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256 si riferisce solamente alla vita ed all'integrità fisica; concordano F. CARINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 638), non manca chi si interroga sulla possibilità di ricondurvi anche il riferimento alla libertà personale e a quella sessuale (T. PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo*, cit., p. 54).

**6.5. Segue. Ipotesi sub co. 2, lett. b); questioni problematiche** – L'ipotesi *sub lett. b)*, riferendosi alla difesa di "beni" – termine che la dottrina (F. VIGANÒ, *Sulla 'nuova'*



*legittima difesa*, cit., p. 208; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256) intende come sinonimo di “**beni patrimoniali**”, in contrapposizione ai “beni personali” – parrebbe autorizzare reazioni difensive lesive della vita o dell’incolumità fisica al fine di proteggere il solo patrimonio, generando, secondo taluno, un **sovvertimento della gerarchia di valori** delineata dalla Carta costituzionale (E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 432) e ponendosi in **contrasto con l’art. 2 della Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo**, più sopra menzionato (G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 203; sul punto, v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 219, sulla “licenza di uccidere”; prima della riforma, erano state esaminate le possibili censure riferibili ad una norma che consentisse di uccidere al solo fine di proteggere interessi patrimoniali, ad esempio da F. VIGANÒ, *Spunti per un “progetto alternativo” di riforma*, cit., p. 2034 ss.). Per superare le obiezioni descritte, però, in dottrina si pone giustamente l’accento sugli **ulteriori elementi** richiesti dalla lett. b) del co. 2, da aggiungersi alla necessità di difendere beni propri o altrui, ossia la “mancata desistenza” e, soprattutto, il “pericolo di aggressione”. Il primo elemento, ad avviso di parte della dottrina (v. A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 439 s.; ipotizzano tale soluzione anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 256 s.; F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 408), configura un onere a carico dell’agredito: quello di formulare nei confronti dell’aggressore un’**intimazione**. Se, nonostante tale avvertimento, l’aggressore non desistesse, l’agredito potrebbe fare legittimamente uso dell’arma o di altro mezzo difensivo (propongono una costruzione alternativa, però, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 289; F. VIGANÒ, *sub art. 52*, cit., p. 941, i quali ritengono che l’espressione “mancata desistenza” sia finalizzata a ribadire il requisito della persistente attualità dell’aggressione). Il secondo elemento riguarda uno stato di **pericolo che coinvolga necessariamente la vita e l’incolumità fisica** dell’agredito o di altre persone che sono presenti nel domicilio (così G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 290; F. VIGANÒ, *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 216; si veda il riferimento svolto da A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 439, agli interventi in aula ed alle relazioni di alcuni senatori, prima dell’approvazione del testo di legge del 2006, orientati a ritenere che il pericolo di aggressione debba riguardare beni di carattere personale; sul punto, v. anche V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa*, cit., p. 858 s.; in senso dubitativo, E. DOLCINI, *Diritto all’autotutela in un privato domicilio: la nuova legittima difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, IV, p. 432, il quale ipotizza un riferimento anche a beni meramente patrimoniali; in giurisprudenza – Cass. 21.2.2007 n. 12466 – si è asserito che in base al nuovo co. 2 dell’art. 52 c.p., non è consentita una reazione indiscriminata verso il soggetto introdotto fraudolentemente nel domicilio privato, richiedendosi invece un **attacco all’incolumità di chi si difende o a quella di terzi**, o almeno un **pericolo di aggressione**; così, si è esclusa nel caso di specie la scriminante riguardo all’omicidio commesso nei confronti di una persona introdotta con l’inganno nel condominio dell’imputata al fine di ottenere il pagamento di un debito; analogamente, per il principio più sopra enunciato, Cass. 14.11.2013 n. 691; v. anche Cass. 8.3.2007 n. 16677, secondo cui, visto che la riforma ha riguardato solo in concetto di proporzionalità, la reazione difensiva del patrimonio è legittima solo in

caso di mancata desistenza e di **pericolo attuale per l’incolumità fisica** dell’agredito o di terzi). Si ritiene che il pericolo in parola debba presentare il **carattere dell’“attualità”**, sebbene nel secondo comma, lett. b), non se ne faccia menzione (A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare*, cit., p. 440, secondo cui l’ipotesi in parola non si differenzia da quella prevista dalla lett. a) in ordine all’elemento dell’attualità del pericolo, richiesto in entrambi i casi, bensì presumibilmente in base al fatto che il “padrone di casa” non è obbligato a subire il furto, in presenza di un ladro nel suo domicilio, potendo legittimamente intimare a questi di andarsene ancorché fin dall’inizio si sia reso conto della possibilità che tale intimidazione generi una reazione violenta; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 292, i quali affermano che deve essere presente un incombente pericolo di aggressione ai beni personali di colui che si difende; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 257, secondo cui si tratta di un requisito *in re ipsa*, anche se si registrano **perplessità** in proposito, da parte di chi, pur ritenendo necessaria l’attualità dell’aggressione al patrimonio, ipotizza la sufficienza della “rilevante possibilità” di una futura aggressione alle persone (F. VIGANÒ, *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 216 s.).

**6.6. Terzo comma: altri luoghi contemplati** – Da ultimo, si segnala che il co. 3, di nuova introduzione, **estende l’applicazione** della disposizione di cui al comma precedente anche ai casi in cui “il fatto sia avvenuto all’interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale”. Chiaramente, la legittima difesa domiciliare **non troverà applicazione nel caso in cui il fatto avvenga all’esterno** dei luoghi indicati, cioè, ad esempio, nel caso in cui l’agredito spari, appunto dall’esterno, all’indirizzo del ladro o del rapinatore in fuga, con o senza la refurtiva (G. FLORA, *op. cit.*, p. 464, che prende in considerazione anche l’ipotesi in cui, invece, l’aggressore non sia ancora entrato nei luoghi indicati dalla norma; F. VIGANÒ, *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 224, il quale ritiene che in tale ipotesi difetterebbe anche il “pericolo di aggressione”; in giurisprudenza, v. in proposito Corte ass. Milano 24.5.2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 2353 ss., riguardo ad un caso in cui, all’esterno di una gioielleria, sono stati esplosi alcuni colpi di arma da fuoco nei confronti del rapinatore in fuga, ferendolo a morte; si veda anche Cass. 30.3.2017 n. 44011, secondo cui la causa di giustificazione di cui all’art. 52, co. 2, c.p., modificato dall’art. 1, l. 13.2.2006 n. 59 non opera in caso di trattenimento del soggetto passivo del reato all’interno di un esercizio commerciale, non rilevando siffatta condotta ai fini dell’integrazione della violazione di domicilio ove non vi sia stata espressa manifestazione della volontà contraria da parte del titolare dello *ius excludendi*).

**6.7. Ulteriori e più recenti proposte di modifica della legittima difesa** – Negli ultimi anni, si sono affacciate numerose **proposte di legge** volte a modificare nuovamente la causa di giustificazione in esame, sulla scorta di preoccupazioni analoghe a quelle che hanno condotto alla riforma introdotta con la l. 13.2.2006 n. 59, di cui sopra. Sul punto, si segnala che la formulazione originaria della nota proposta di l. n. 2892 (On. Molteni e altri, presentata alla Camera dei Deputati il 18.2.2015) prevedeva l’introduzione di un ulteriore comma nell’art. 52 c.p., che così recitava: “si presume, altresì, che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l’ingresso, mediante



effrazione o contro la volontà del proprietario, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di persona travisata o di più persone riunite, in un'abitazione privata, o in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale". Una successiva proposta di legge (la n. 3434, On. Fontana, presentata alla Camera dei Deputati il 16.11.2015) faceva riferimento all'abrogazione degli attuali secondo e terzo comma, prevedendo l'introduzione dell'art. 52-*bis* c.p., sostanzianti in una riscrittura dei commi soppressi. Da ultimo, si segnala che il 4.5.2017 è stata approvata dalla Camera dei Deputati, con emendamenti, la proposta di l. n. 3785 (d'iniziativa dell'On. Ermini), la quale, nel testo trasmesso al Senato (A.S. n. 2816), prevede l'inserimento, dopo il co. 1 dell'art. 52 c.p., del seguente: "fermo restando quanto previsto dal primo comma, si considera legittima difesa, nei casi di cui all'articolo 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa **in tempo di notte** ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno"; inoltre, prevede alcuni aggiustamenti dovuti a quanto sopra (cioè che al secondo comma, le parole "nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma," siano sostituite dalle parole "nei casi di cui al secondo comma," e che, al co. 3, le parole: "la disposizione di cui al co. 2 si applica" siano sostituite dalle seguenti: "le disposizioni di cui al secondo e al terzo comma si applicano") e, ancora, di aggiungere, all'art. 59 c.p., in fine, il seguente comma: "nei casi di cui all'articolo 52, secondo e terzo comma, la colpa dell'agente è sempre esclusa quando l'errore è conseguenza del **grave turbamento psichico** causato dalla persona contro la quale è diretta la reazione posta in essere in situazioni comportanti un pericolo attuale per la vita, per l'integrità fisica o per la libertà personale o sessuale". In dottrina, analizzando la suddetta proposta di riforma, è stata esaminata la portata dell'espressione "in tempo di notte", di cui sopra, sottolineando come essa tenda ad allargare le possibilità di difesa nelle ore notturne, lasciando inalterate quelle attualmente presenti in relazione alle ore diurne (D. PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Diritto penale contemporaneo*, Milano, 6.6.2017, p. 4 s.). L'art. 2 della proposta di legge *de qua* prevede, tra l'altro, che "l'onorario e le spese spettanti al difensore della persona dichiarata non punibile per aver commesso il fatto per legittima difesa o per stato di necessità sono a carico dello Stato" (cfr. D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 7 s.).

**7. La legittima difesa "putativa"** – La giurisprudenza ha spiegato che la legittima difesa putativa ricorre quando l'agente, a causa di una falsa percezione o rappresentazione della realtà cagionata da **errore di fatto incolpevole**, commetta il delitto sulla base della **convizione di trovarsi in una situazione di pericolo attuale** e, quindi, di trovarsi nella necessità di reagire all'offesa di un diritto (Cass. 7.10.1991, in *Giust. pen.*, 1992, II, p. 200 ss.; cfr. Cass. 26.3.2014 n. 28224; v., più di recente, Cass. 21.2.2017 n. 46567; in dottrina, cfr. G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 386 s.). La disciplina di riferimento è posta dall'art. 59, co. 4, c.p., il quale dispone che, "se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui" e prosegue: "tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il

fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo". L'erroneo convincimento dell'agente, però, non deve fondarsi solo su parametri soggettivi, **dovendo invece basarsi su elementi oggettivi**: esso deve essere sorto da elementi fattuali che, compresi o rappresentati in modo erroneo, abbiano generato nell'agente la persuasione della necessità della difesa (*ex plurimis*, Cass. 24.11.2009 n. 3464; Cass. 6.12.2005 n. 4337; Cass. 25.1.1991 n. 3257; Cass. 9.10.1989 n. 16015; per l'insufficienza di generiche supposizioni o semplici timori, v. Cass. 18.3.1981 n. 4966 e Cass. 4.4.2013 n. 22015; più di recente, v. Cass. 7.1.2016 n. 18252, con nota di C. MINNELLA, *Interviene a difesa della vittima e, dopo una colluttazione, sferra un pugno al presunto persecutore: niente legittima difesa putativa*, in *Diritto e Giustizia*, 2016, fasc. 21, p. 39 s.; secondo Cass. 17.11.2015 n. 52, non può essere accolta la richiesta difensiva della legittima difesa putativa in mancanza di episodi pregressi di violenza e in considerazione del fatto che l'aggressione delle imputate continuò anche dopo che la vittima era stata disarmata; vedasi anche Cass. 14.11.2017 n. 52617, secondo cui non è configurabile la legittima difesa quando il soggetto non agisce nella convinzione, sia pure erronea, di dover reagire a solo scopo difensivo, bensì per risentimento o ritorsione contro chi ritenga essere portatore di una qualsiasi offesa; in senso conforme, Cass. 18.2.2000 n. 3200). Si è precisato, in giurisprudenza, che la presunzione della proporzionalità della reazione difensiva armata in caso di violazione di domicilio, di cui al co. 2 dell'art. 52 c.p., opera anche nel caso di legittima difesa putativa incolpevole (Cass. 9.2.2011 n. 11610); al riguardo, v. *supra*, § 6.

**8. I rapporti fra "eccesso colposo" e legittima difesa** – La giurisprudenza ha affrontato in varie occasioni il rapporto fra la sussistenza della scriminante in esame e la presenza dell'eccesso colposo, affermando, tra l'altro, che quest'ultimo **non ricorre se mancano i presupposti della legittima difesa**, di cui vengono superati i limiti (Cass. 14.6.1984 n. 6622; più di recente, v. Cass. 28.11.2017 n. 6972, Cass. 11.5.2010 n. 26172, nonché Cass. 14.11.2008 n. 2505, e Cass. 10.4.2013 n. 18926; v. anche Cass. 6.2.2015 n. 19789, secondo cui l'eccesso colposo di legittima difesa non ricorre quando i limiti imposti dalla necessità della difesa vengano travalicati mediante una condotta reattiva frutto di una scelta cosciente e volontaria che trasmodi in uno strumento di ingiustificata aggressione) e che le due ipotesi si differenziano solo riguardo all'adeguatezza della reazione: se l'eccesso è **volontario**, l'agente è responsabile a titolo di dolo; se invece non è volontario, vi è la necessità di verificare se esso non rilevi in alcun modo perché **non colpevole**, applicandosi in tale ipotesi la causa di giustificazione, ovvero se l'errore sia **dovuto a colpa**, derivandone in questo caso la responsabilità a tale titolo (Cass. 28.11.1987 n. 7834; similmente, Cass. 24.9.1997 n. 8999; v. anche Cass. 10.11.2004 n. 45407, secondo cui l'eccesso colposo sussiste quando la proporzione fra difesa e offesa difetti per colpa; Cass. 27.2.1993 n. 2561, secondo cui l'eccesso colposo si distingue dalla legittima difesa unicamente per un'errata valutazione del pericolo e dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati). Più di recente, si è asserito che "per stabilire se nel fatto si siano ecceduti colposamente i limiti della difesa legittima, bisogna prima accertare l'**inadeguatezza della reazione difensiva**, per l'eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agredito in un pre-



ciso contesto spazio temporale e con valutazione *ex ante*, e occorre poi procedere ad un'ulteriore differenziazione tra **eccesso dovuto ad errore di valutazione** ed **eccesso consapevole e volontario**, dato che solo il primo rientra nello schema dell'eccesso colposo delineato dall'art. 55 c.p., mentre il secondo consiste in una scelta volontaria, la quale comporta il superamento doloso degli schemi della scriminante" (Cass. 14.11.2008 n. 2505; similmente, Cass. 22.11.2011 n. 47662).

**9. La legittima difesa e i reati colposi** – La Cassazione ha affermato che, nel caso dei reati colposi, **non è invocabile la scriminante de qua** (Cass. 12.10.1970 n. 1669; nello stesso senso Cass. 10.7.1959, in *Giust. pen.* 1960, II, 133), ma si riscontra l'**opinione contraria** in una risalente pronuncia di merito (Trib. Milano 29.9.1938, in *Riv. it. dir. pen.* 1940, 540 ss.) e in parte della dottrina (G. BETTIOL, L. PETTOELLO MANTOVANI, *op. cit.*, p. 382; G. DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, nota a Trib. Milano, 29.9.1938, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 543; menzionano la sentenza di merito di cui sopra anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 412). In dottrina, si è sottolineato che, comunque, quello dell'applicabilità della causa di giustificazione *de qua* ai reati colposi è uno "pseudo-problema", in quanto le alternative prospettabili sono due: "o il fatto appare già contenuto, sul piano oggettivo, nei limiti della necessità e della proporzione, ed allora ogni indagine sull'elemento soggettivo diviene superflua, a fronte della già accertata liceità obiettiva del fatto; o viceversa (...) l'offesa recata all'aggressore appare eccessiva rispetto ai limiti della necessità o della proporzione, ed allora – ferma l'illiceità oggettiva del fatto – si porrà il problema della colpa del suo autore, da accertarsi secondo i particolari criteri che vigono in tema di eccesso colposo" (F. VIGANÒ, *sub art.* 52 c.p., cit., p. 946).

**10. Questioni processuali** – In giurisprudenza si è precisato che la mera indicazione di una situazione astrattamente riconducibile all'applicazione di un'esimente, non accompagnata dall'allegazione di precisi elementi idonei ad orientare l'accertamento del giudice, non può legittimare la pronuncia assolutoria *ex art.* 530 cpv., c.p.p. (Cass. 5.7.2012 n. 28115); tuttavia, si è anche affermato che, in caso di sussistenza della legittima difesa, si impone una pronuncia di assoluzione, *ex art.* 530, co. 3, c.p.p., e ciò avviene anche nell'ipotesi di *semiplena probatio* riguardo alla presenza della scriminante (Cass. 7.7.1992, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1038). Alcuni dubbi sussistono per ciò che concerne il divieto di cui all'art. 273, comma 2, c.p.p., il quale stabilisce che "nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione": da un lato, si sostiene che il divieto operi se vi è la certezza in ordine alla sussistenza della scriminante (Cass. 22.5.2001 n. 27001), mentre dall'altro si ritiene sufficiente un elevato o rilevante grado di probabilità (Cass. 20.8.2003 n. 46190).

**11. Casistica** – Sebbene nel corso della trattazione siano già stati posti in luce vari casi concreti, affrontati dalla giurisprudenza, si ritiene opportuno riportare residualmente una breve rassegna riguardante alcune ipotesi di applicazione (o meno) della legittima difesa, con riferimento a specifiche fattispecie di reato. In tema di **omicidio volon-**

**tario**, si è sostenuto che è corretto non riconoscere la scriminante, reale o putativa, né l'eccesso colposo, quando tutti gli elementi processuali mettono in luce la condotta aggressiva dell'imputato, oltre alla circostanza che la vittima è stata colpita quando era disarmata e inerte, e sia inoltre emerso che l'agente ha utilizzato mezzi sproporzionati e comunque eccessivi rispetto all'entità del pericolo (Cass. 2.6.1989 n. 2532; conforme Cass. 13.5.1986 n. 10249; v. anche Cass. 25.5.2012 n. 26878, secondo cui, in tema di tentato omicidio, devono essere esclusi l'eccesso di legittima difesa e la legittima difesa putativa quando l'aggressore attenti con arma da taglio all'incolumità di un uomo disarmato mirando a zone vitali del corpo, senza presentare a sua volta alcuna lesione dimostrativa di un'aggressione patita). Sempre in ordine all'omicidio, si segnala che alcune pronunce hanno riguardato il tema della "sfida" (ad esempio, Cass. 10.11.2000 n. 13151; Cass. 28.2.1985 n. 6374 in ordine all'omicidio doloso, Cass. 21.2.2007 n. 12466, per un caso di **omicidio preterintenzionale**). All'omicidio volontario fanno riferimento anche alcune sentenze pronunciate successivamente alla riforma dell'istituto in esame (es. Cass. 8.3.2007 n. 16677; Cass. 21.2.2007 n. 12466), che sono state prese in considerazione nel § 6. Inoltre, si è recentemente affermato che in caso di **lesioni volontarie reciproche** non sussiste la legittima difesa se i contendenti si sono lanciati in contemporanea alla vicendevole aggressione (Cass. 24.6.2008 n. 31633); si tratta del tema della c.d. **legittima difesa reciproca**, affrontato anche dalla dottrina (ad esempio, v. C.F. GROSSO, voce *Legittima difesa*, *op. cit.*, p. 42; G. PENSO, *op. cit.*, p. 223 ss.) e da meno recente giurisprudenza (secondo Cass. 13.2.1976 n. 8655, se le offese sono reciproche ed avvengono nello stesso momento, nessuno dei due soggetti potrà invocare la scriminante). La Cassazione ha precisato che integra un'ipotesi di **lesione** la condotta dell'imputato che, per impedire alla propria socia di prendere visione della documentazione societaria contenuta all'interno di una borsa, ne afferra e distorce il braccio, non potendo sussistere, nel caso di specie, un'ipotesi di legittima difesa, nemmeno putativa, perché in capo alla persona offesa doveva essere riconosciuto il del diritto di prendere cognizione della documentazione societaria (Cass. 29.5.2014 n. 32967). In tema di **riisa**, si rinvia *in toto* al § 3.5, mentre per un caso concernente la **violenza privata**, v. *supra*, § 2.1. In tema di **detenzione abusiva di armi**, *ex art.* 10 e 14, l. 14.10.1974 n. 497, si segnala che secondo parte della giurisprudenza non sono applicabili le scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità (Cass. 29.2.2008 n. 17329; conforme Cass. 10.5.1984 n. 9176), mentre più di recente si registrano aperture sull'ammissibilità della legittima difesa (Cass. 12.10.2016 n. 49615; Cass. 11.11.2010 n. 5761, con nota di C. ROSSI, *Operatività della legittima difesa nel caso di detenzione abusiva di arma*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2295 ss.). Si è ritenuto che possano invocare la legittima difesa, con la consequenziale esclusione del reato di **resistenza a pubblico ufficiale**, coloro che, in presenza di elementi obiettivi come la non riconoscibilità dei militari, il buio dei locali, la situazione di grande concitazione, hanno reagito nella ragionevole convinzione di dover fronteggiare un pericolo attuale, rappresentato dall'irruzione non pacifica di uomini armati, senza preavviso, nella propria abitazione, e di doversi dunque difendere in modo tempestivo (Trib. Arezzo, 19.6.2006, in *Giur. meri-*



to, 2007, p. 2071). In varie occasioni la Cassazione ha escluso la legittima difesa in caso di installazione di apparecchiature in grado di intercettare conversazioni telefoniche (con riferimento al reato *ex art. 617-bis c.p.*), in quanto non è consentito ledere il diritto alla riservatezza e all'inviolabilità dei segreti (Cass. 23.5.1994 n. 6727, per un caso in cui l'agente ricercava la prova dell'infedeltà del coniuge; v. anche Cass. 11.2.1988 n. 10833, e, più di recente, Cass. 2.12.2003 n. 46202). Si è poi sostenuto che non integri il reato di **esercizio arbitrario delle proprie ragioni**, in quanto giustificato dalla legittima difesa, la condotta della locataria che chiude fuori di casa l'inquilina, che, precedentemente, si era barricata in casa nella convinzione di poter escludere la presenza della locatrice ed impedirle così l'accesso all'abitazione; a causa di tale situazione la locatrice aveva patito una crisi epilettica e, una volta uscita

di casa l'inquilina, aveva reagito, chiudendo la porta dell'abitazione dall'interno (Cass. 26.4.2017 n. 31598). La Cassazione ha affermato (Cass. 18.11.2014 n. 50662) che integra il **tentativo di rapina impropria** la condotta dell'agente che, dopo aver sottratto merce dai banchi di vendita di un supermercato e averla occultata sulla propria persona, al fine di allontanarsi, usa violenza nei confronti dei dipendenti dell'esercizio commerciale che lo hanno colto in flagranza e trattenuto per il tempo necessario all'esecuzione della consegna agli organi di Polizia, considerata che anche i privati cittadini hanno, in tali circostanze, il potere di procedere all'arresto, secondo il combinato disposto degli artt. 380, co. 2, lett. f), e 383, co. 1, c.p.p., e, quindi, la reazione violenta dell'autore del fatto non può configurarsi come difesa da un'azione illecita a norma dell'art. 52 c.p.

## 590 sexies Responsabilità per morte o lesioni personali in ambito sanitario

Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto (1).

(1) Articolo introdotto dall'art. 6 della l. 8.3.2017 n. 24, con decorrenza dal 1.4.2017.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ Omicidio colposo (589 c.p.) ✓ Lesioni personali colpose (590 c.p.) ✓ Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità (art. 3, l. 8.3.2017 n. 24 "Legge 'Gelli-Bianco'") ✓ Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida (art. 5, l. 8.3.2017 n. 24) ✓ Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria (art. 6, l. 8.3.2017 n. 24) ✓ Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria (art. 15, l. 8.3.2017 n. 24) ✓ Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario (art. 16, l. 8.3.2017 n. 24)

### SOMMARIO

1. L'introduzione dell'art. 590-sexies da parte della legge "Gelli-Bianco". – 2. Le novità rispetto all'art. 3 del d.l. "Balduzzi": la (temporanea) scomparsa della graduazione della colpa. – 2.1. L'espressa limitazione all'imperizia. – 2.2. L'art. 5 della legge "Gelli-Bianco": le «linee guida pubblicate e definite ai sensi di legge». – 3. L'art. 590-sexies c.p. alle Sezioni Unite. – 3.1. La prima presa di posizione a livello giurisprudenziale: la sentenza "Tarabori". – 3.2. L'interpretazione letterale dell'art. 590-sexies: la sentenza "Cavazza". – 3.3. Alcuni punti fermi. – 4. La decisione delle Sezioni Unite: il ritorno sulla scena della colpa grave. Messa a fuoco dei profili intertemporali. – 4.1. Permanenti profili di criticità. – 5. Cenni sulle altre norme della riforma dal rilievo penalistico (artt. 15 e 16).

**1. L'introduzione dell'art. 590-sexies da parte della legge "Gelli-Bianco"** – A distanza di solo poco più di quattro anni dall'ultima riforma, il legislatore ha "rimesso mano" alla normativa sulla responsabilità penale colposa del sanitario con l'art. 6 della l. 8.3.2017 n. 24 («Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie»), che ha introdotto all'interno del codice penale l'articolo in commento, con decorrenza dal 1.4.2017. Lo stesso art. 6, all'ultimo com-

ma, stabilisce che «all'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato», sancendo così l'espressa abrogazione della disciplina di favore introdotta dal c.d. decreto "Balduzzi" nel 2012 (senza pretese di esautività, in dottrina sull'introduzione dell'articolo annotato, CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. Cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 84 ss; CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica*



le incerte novità della legge Gelli-Bianco, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3.4.2017; CENTONZE, CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361 ss.; CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in LOVO, NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, e-book del 13.2.2017, 21 ss.; POLI, *Il D.D.L. Gelli-Bianco: Verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.2.2017; CANESTRARI, *Criminal liability in a medical context: the Italian law's approach*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2017, 3, p. 433 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2.5.2017; RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.6.2017; DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 6, p. 2151 ss.; D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; ROIA-TI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2; SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l'art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2; IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 (legge c.d. Gelli-Bianco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.6.2017; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, *Arch. pen.*, 3, 2017; ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1466 ss.; VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del "concorso di regole cautelari". Un'interpretazione teleologica, e conforme alla lettera dell'art. 590 sexies cp*, in *Leg. pen.*, 7.12.2017; DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in *Leg. pen.*, 17.1.2018).

L'art. 590-sexies c.p. si inserisce quindi nel contesto di una riforma più ampia che, già da tempo ribattezzata "Gelli-Bianco" (dal nome dei parlamentari relatori nelle due Camere), reca con sé ambiziose «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». Le novità sul fronte penalistico, pertanto, non si esauriscono nella modifica del codice penale, che, al contrario, va coordinata con le altre disposizioni del testo di legge, a cominciare dagli artt. 3 e 5, che prevedono la creazione di un sistema di accreditamento formale delle linee guida e delle c.d. "buone pratiche clinico-assistenziali".

Il duplice intento della riforma, perlomeno quello dichiarato in occasione della sua approvazione, era di costruire una maggiore determinatezza ed una minore estensione dell'ambito della colpa penale nel settore medico. Si tratta di obiettivi molto ambiziosi, che il legislatore si è posto per contrastare il crescente senso di disagio professionale provato dai sanitari in relazione all'aumento del contenzioso medico-legale e alla base, come noto, della c.d. "medicina difensiva".

La prima finalità, quella di edificare un rimprovero colposo più "tassativo" e ritagliato sulle specificità dell'arte medica, è stato perseguito mediante il ricorso al discusso strumento delle linee guida, vere e proprie protagoniste delle recenti scelte di politica legislativa. La delimitazione della responsabilità penale, invece, è passata da una formulazione piuttosto ambigua, che parla genericamente di «esclusione della punibilità» e non, come invece si auspicava la dottrina prevalente, proseguendo nel solco tracciato dalla riforma "Balduzzi" attraverso la depenalizzazione della colpa lieve.

Proprio quest'ultima scelta legislativa – sembra il caso di precisarlo sin d'ora – ha costituito l'aspetto più critico dell'art. 590-sexies c.p., al punto da metterne in seria discussione le stesse possibilità applicative.

**2. Le novità rispetto all'art. 3 del d.l. "Balduzzi": la (temporanea) scomparsa della graduazione della colpa** – Insieme alla formalizzazione di un sistema di riconoscimento ufficiale delle linee guida, è stata proprio la scomparsa di ogni riferimento al grado della colpa a costituire, almeno in una prima fase, la novità principale dell'art. 590-sexies c.p. rispetto all'art. 3 del d.l. "Balduzzi".

Come noto, tale norma si era contraddistinta per la previsione di una esenzione da responsabilità penale nei casi in cui l'esercente la professione sanitaria si fosse attenuto alle linee guida e, ciononostante, fosse incappato in una colpa "lieve". In altri termini, una "depenalizzazione" della colpa "non grave" in ipotesi di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche "accreditate dalla comunità scientifica" (per tutti, sulla riforma del 2012, PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del Novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 4, p. 73 ss.; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1; CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 170 ss).

Quello della possibile sopravvivenza di una responsabilità per colpa anche in contesti di perfetto ossequio alle linee guida era principio che, benché sottoposto a critica da una prima interpretazione (dai risvolti sostanzialmente abrogativi) dell'art. 3, conosciuta con l'icastica espressione «*in culpa sine culpa*» (PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 l. co. l. 8 novembre 2012 n. 189*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2012), affondava le proprie radici nella consolidata giurisprudenza di legittimità precedente all'approvazione della riforma. La Corte di Cassazione, sulla base della volubilità di ogni specifica situazione terapeutica, ha infatti da sempre negato l'esistenza di un'equazione tra il rispetto o il mancato rispetto delle direttive cliniche codificate e l'esonero o l'affermazione della responsabilità. Una soluzione senz'altro ragionevole e, per certi versi, imposta dalla medesima natura delle linee guida dal momento che, non di rado, la cura suggerita dalle stesse non rappresenta l'alternativa clinicamente più appropriata alla situazione del singolo paziente, cosicché il curante deve apportare qualche accorgimento al percorso terapeutico in esse tracciato o, talvolta, nelle ipotesi in cui i suggerimenti codificati non siano affatto adeguati al caso concreto, persino discostarsene radicalmente (sul tema, ampiamente, CAPUTO, *Filo d'Arianna o*



*flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 875 ss.; a livello monografico, DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012. In giurisprudenza, v. per tutte Cass. pen., Sez. IV, 19.9.2012, in 35922 (rel. Piccialli, imp. Ingrassia), in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 191 ss., con nota di RISICATO, p. 191 ss.; nonché in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 268 ss., con nota di ROTOLO, p. 277 ss.).

La casistica di operatività del regime di imputazione più favorevole della “colpa grave”, per quanto l’art. 3 del decreto “Balduzzi” non ospitasse un tentativo definitorio, era stata delineata con precisione da una delle prime sentenze della Corte dopo l’approvazione della legge, nota come “Cantore” (v. Cass. pen., Sez. IV, 29.1.2013 n. 16237, (imp. Cantore, rel. Blaiotta), in *Cass. pen.*, 2013, p. 2985 ss.), che, con apprezzabile sforzo interpretativo, si era fatta carico di tracciare due ipotesi generali di applicabilità della nuova norma: «potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all’adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l’errore non sia lieve. [...] Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d’azione ordinaria. Una tale eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria».

Si può affermare, quindi, adottando una terminologia proposta in dottrina, che la riforma “Balduzzi” esimeva da responsabilità il sanitario attenutosi alle linee guida nei casi di “*adempimenti imperfetti*” e di “*adempimenti inopportuni*” delle stesse (cfr. CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., p. 91). Da un lato, quindi, errori (non gravi) commessi nell’attuazione delle prescrizioni contenute nelle linee guida (errori nell’*adattamento* della linea guida), dall’altro, il mancato allontanamento dalle prescrizioni quando le circostanze del caso concreto suggerivano, pur in maniera non del tutto evidente o macroscopica (tale da indiziare una colpa grave), di elaborare un percorso terapeutico individualizzato e calibrato sulle specifiche problematiche poste dal paziente (errori nella *scelta* della linea guida).

La comparazione tra il nuovo testo e quello appena approvato è stata, pertanto, da subito condotta in relazione alla dicotomia di ipotesi di operatività del decreto “Balduzzi” e della sua esenzione per colpa lieve appena delineata. Va ammesso che, quantomeno a prima vista, il testo dell’art. 590-*sexies*, strutturato sul generico richiamo alla non punibilità e privo di riferimenti al grado della colpa, è sembrato ristabilire l’ovvio, vale a darsi che il sanitario che si

attiene alle linee guida in astratto raccomandate per la patologia presentata dal paziente risulta non punibile quando esse si rivelino “adeguate” anche rispetto alle peculiarità della specifica situazione clinica. La poco chiara formulazione legislativa sembrava, in altre parole, aver delineato un – non auspicato – ritorno allo stato dell’arte fotografato nella già citata sentenza “Ingrassia”, ultima pronuncia del “pre-Balduzzi”, secondo la quale l’osservanza delle linee guida esclude la colpa, ma solo se esse sono «adeguate» anche allo specifico caso concreto (Cass. pen., Sez. IV, 19.9.2012, cit.).

Quanto agli “adempimenti inopportuni”, il verdetto è sembrato da subito inappellabile: se il sanitario si attiene *inopportuna*mente a linee guida evidentemente inadatte – *rectius*: *inadeguate* – al caso specifico presentato dal paziente e da tale allineamento derivano conseguenze dannose per il paziente, allora il sanitario è penalmente responsabile, anche per colpa lieve. Sul punto, la “clausola di adeguatezza” delle linee guida prevista dall’art. 590-*sexies* c.p. ed ignota alla formulazione del decreto “Balduzzi” rappresenta un ostacolo non indifferente (in questo senso, CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., p. 89 ss.; di diverso avviso va segnalata la raffinata ricostruzione di VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”*, cit., p. 24 ss.), che ha indotto, come si vedrà tra poco, la giurisprudenza a ritenere pacifica la non applicabilità della nuova disciplina ai casi di errore nella scelta della linea guida. Attesi gli equivoci ingenerati in passato, però, sembra opportuno precisare come la valutazione sull’*adeguatezza* delle linee guida vada svolta *ex ante*, sulla base delle conoscenze che aveva – o che avrebbe dovuto avere – il sanitario. Nelle ipotesi in cui, infatti, le ragioni dell’inadeguatezza delle linee guida rispetto alla specifica situazione del paziente siano emerse solo a trattamento concluso, senza che al momento della condotta vi fosse alcuna avvisaglia di tale inadeguatezza, non vi sarà in radice una colpa, nemmeno lieve (sul punto si rimanda anche a quanto illustrato in modo più approfondito nel commento al recente intervento delle Sezioni Unite, v. § 4.1).

Al contrario, la questione si è rivelata molto più articolata con riguardo agli “adempimenti imperfetti”, ovvero quelle ipotesi nelle quali il sanitario ha commesso un errore nel conformarsi alle linee guida correttamente individuate per il caso trattato. Rispetto a questi frangenti, l’ermetico dettato della norma in commento ha imposto all’interprete di interrogarsi non solo sull’applicabilità della stessa a tale casistica, ma, *in radice*, sulla stessa natura di esimente dell’art. 590-*sexies* c.p.

In effetti, le prime due pronunce della Cassazione, la cui analisi impegnerà i paragrafi successivi, hanno adottato soluzioni agli antipodi: la prima, c.d. “Tarabori”, sottolineando la grave incoerenza logica della novella, ha certificato nei fatti il ritorno alla situazione preesistente al decreto “Balduzzi” (l’ovvio cui si accennava poc’anzi); la seconda, c.d. “Cavazza”, valorizzando il dato letterale della norma, ha esteso l’ambito applicativo della causa di non punibilità contenuta nella nuova norma sino a ricomprendervi anche i casi di colpa grave del sanitario.

Tali difficoltà ermeneutiche hanno fatto sì che, a neanche un anno di distanza dalla sua introduzione, sull’art. 590-*sexies* c.p. si sia dovuta pronunciare la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che – lo si vedrà meglio in seguito – ha



optato per una terza via, “rispolverando” il grado della colpa nei casi di errore nell’esecuzione delle raccomandazioni cliniche codificate.

**2.1. L’espressa limitazione all’imperizia** – Il nuovo dato legale prevede espressamente che non sia punibile l’esercente la professione sanitaria che abbia agito con “imperizia”. Si tratta di un’ulteriore problematica interpretativa di non poco conto. Tale limitazione era infatti già stata affermata per via giurisprudenziale a seguito dell’approvazione della riforma “Balduzzi”, con l’effetto di paralizzarne per anni l’operatività.

La prima affermazione del principio, avvenuta per la verità in modo piuttosto apodittico, data l’assoluta assenza di qualsivoglia appiglio a livello normativo, si deve alla prima sentenza emessa dalla Suprema Corte a seguito della conversione in legge del “Decreto Sanità”, la sentenza “Pagano” (V. Cass. pen., Sez. IV, 11.3.2013 n. 11493 (imp. Pagano, rel. Piccialli) in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 691 ss., con nota di RISICATO). La limitazione per via interpretativa della riforma “Balduzzi” muoveva dalla (discutibile) premessa per cui le linee guida conterrebbero esclusivamente regole di perizia, di talché l’ambito applicativo della nuova norma non avrebbe potuto involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza («non può, pertanto, essere utilmente evocata l’applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e imprudenza»).

Il predetto “sillogismo”, tuttavia, non trovava alcun precedente nella giurisprudenza sulle linee guida anteriore all’approvazione del decreto “Balduzzi”, né tantomeno nell’ampio dibattito dottrinale focalizzatosi sul ruolo delle stesse nell’affermazione e negazione della responsabilità colposa. Ciò nonostante, quasi per inerzia, esso è stato recepito in modo costante nella giurisprudenza successiva, senza essere mai sottoposto a revisione critica se non da una parte della dottrina (in giurisprudenza si sono conformate al principio la stessa sentenza “Cantore”, seppure, con un’adesione prudente, e numerose altre pronunce, tra cui: Cass. pen., Sez. IV, 8.10.2013 n. 7951, (rel. Esposito); Cass. pen., Sez. IV, 11.4.2014, n. 15495, (rel. Montagni), in *Guida dir.*, 2014, 25, p. 84 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 23.5.2014, n. 36347, (rel. Dovere), in *Guida dir.*, 2014, 40, p. 29. Fuori dai confini della Quarta Sezione v. Cass. pen., Sez. III, 4.12.2013 n. 5460, (rel. Di Nicola, ric. Grassini). Critici invece in dottrina specialmente MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 178; DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., p. 7).

Le ragioni che potrebbero aver dato vita ad un simile orientamento sono quindi da ricercare, per un verso, nell’evoluzione storica della responsabilità medica, e segnatamente in quel suo legame da sempre controverso ma vivo con la colpa grave, per l’altro, nelle numerose difficoltà interpretative sollevate dalla normativa introdotta nel 2012.

Sotto il primo profilo, la restrizione ai soli casi di imperizia dell’operato del decreto “Balduzzi” è sembrata costituire l’eredità della annosa questione relativa all’applicabilità dell’art. 2236 c.c. in sede penale. Come noto, dopo un lungo periodo nel quale al criterio di imputazione della colpa grave previsto da questa disposizione civilistica si faceva costantemente riferimento anche in sentenze di proscioglimento riguardanti casi clinici di speciale difficoltà, un orientamento dottrinale, poi avallato dalla Corte Costituzionale nel 1973, ha proposto di circoscrivere l’utilizza-

bilità della limitazione di responsabilità alle sole ipotesi di “imperizia” del sanitario (v. C. cost. 28.11.1973 n. 166, in *Giust. pen.*, 1974, I, p. 35). Storicamente, dunque, dai meandri del dibattito sviluppatosi attorno a tale problema è emersa una tratlizia certezza: la colpa è graduabile – *recitius*: merita di essere graduata – solo in relazione alla sua forma più tecnica, l’imperizia. Non appena il legislatore ha introdotto nel sistema penale una nuova – e si badi: completamente autonoma dall’art. 2236 c.c. – forma di colpa “qualificata”, la giurisprudenza di legittimità ha immediatamente rievocato tale distinzione, delimitando arbitrariamente la norma escludendo dal suo raggio applicativo le altre forme di colpa annoverate dal codice all’art. 43 c.p., l’imprudenza e la negligenza.

Tale “equivoco”, però, oltre che da retaggi del passato, sembra essere stato alimentato anche dalle lacune testuali della norma. In questa prospettiva, un problema cruciale tra quelli sollevati dalla riforma del 2012 atteneva all’esatta individuazione di quali linee guida potessero, se osservate, fondare l’esonero di responsabilità per l’esercente la professione sanitaria nei casi di colpa lieve. Ebbero, dalla lettura della sentenza “Pagano” emerge come dietro all’enunciazione del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*» vi sia proprio la preoccupazione – tipica espressione della diffusa diffidenza nei confronti delle linee guida – di non concedere spazi applicativi (e disculpanti) a direttive cliniche ispirate da necessità di carattere economico. Attraverso l’affermazione del principio, dunque, la giurisprudenza è sembrata volersi riservare la possibilità di procedere ad un ulteriore vaglio, successivo a quello relativo al loro accreditamento formale da parte della comunità scientifica, delle linee guida richiamate dall’imputato a giustificazione del proprio operato, vaglio diretto a verificare che esse contenessero regole di perizia finalizzate esclusivamente alla cura del paziente ed in nessun modo orientate, o quantomeno condizionate, (d)al contenimento delle spese (posizione già espressa in CALETTI, *La colpa penale “smarrita” nel mare magnum delle linee guida. L’accertamento della responsabilità del sanitario secondo le nuove riforme, tra esigenze (irrealizzabili?) di determinatezza e promesse (non mantenute?) di comprensione sanzionatoria*, in CALETTI, CAVICCHI, SCORRETTI, VENTRE, ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull’uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017, p. 156 ss.).

Si è finalmente giunti al cuore del problema: la (vera) portata limitante del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*» si è estrinsecata nell’adozione, da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità, di una interpretazione particolarmente restrittiva del concetto di imperizia, tradizionalmente inteso invece come «negligenza e imprudenza qualificate», di talché anche ipotesi di colpa che pure richiedono elevate cognizioni tecniche e sarebbero più correttamente riconducibili all’imperizia, sono state attratte nell’area ora della negligenza, ora dell’imprudenza, con conseguente inapplicabilità del criterio d’imputazione più favorevole della colpa grave (così PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat*, : il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.4.2015, p. 3 ss.).

Al termine di questo complicato, quanto ingiustificato, processo ermeneutico, l’art. 3 del decreto Balduzzi, che già



era caratterizzato da uno spettro applicativo non amplissimo, è uscito – è inutile nasconderselo – come una norma di mera facciata, privata per diversi anni di qualunque effettiva rilevanza pratica.

Senonché, è stata proprio la Corte di Cassazione a sottoporre a revisione questo orientamento, attraverso due sentenze vicine nel tempo, “Stefanetti” e “Manzo”. Le due pronunce hanno utilizzato percorsi argomentativi differenti: la prima ha proposto il superamento del principio «*culpa levis sine imperitia non excusat*», riconoscendo la possibilità che le linee guida contengano anche regole non strettamente di perizia; la seconda, riallargando i confini della stessa imperizia (v. Cass. pen., Sez. IV, 9/10/2014, n. 47289 (imp. Stefanetti, rel. Blaiotta); Cass. pen., Sez. IV, 19.1.2015 n. 9923 (rel. Piccialli, imp. Manzo). Su queste due sentenze, nonché su tutti questi profili critici, oltre al commento di entrambe di CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1147 ss.; cfr. ROIATI, *Prime aperture interpretative a fronte della supposta limitazione della Balduzzi al solo profilo dell'imperizia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, p. 231 ss.; CUPELLI, *La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione (e i rischi della riforma alle porte)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.6.2016).

Invero, alla dottrina è parso poco opportuno che la labile distinzione tra negligenza, imprudenza e imperizia assumesse una rilevanza così decisiva nello stabilire l'an della responsabilità colposa. Del resto, già diversi anni orsono, un autorevole Studioso metteva in guardia dal sopravvalutare il significato della ripartizione codicistica in tre forme di colpa, definendola un'operazione «gravemente pericolosa», poiché ciò che davvero rileva nell'accertamento del reato colposo, dal momento che detta tripartizione è stata soppiantata dal giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, è l'individuazione della regola di condotta violata in concreto la cui osservanza avrebbe evitato l'evento (cfr. M. GALLO, *Colpa penale* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VII, p. 641).

Il superamento definitivo – ma, in realtà, a posteriori, quanto mai provvisorio – della restrizione giurisprudenziale alla sola imperizia, con allargamento dell'operatività dell'art. 3 del d.l. “Balduzzi” anche ai casi di imprudenza, si è verificato ad opera della successiva sentenza “Denegri” (Cass. pen., Sez. IV, 11.5.2016 n. 23283 (rel. Montagni, imp. Denegri), in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27.6.2016, con commento di CUPELLI). A distanza di pochissimi mesi, infatti, il legislatore, riformando la materia della responsabilità penale del sanitario, ha recepito quell'iniziale (e superato) monito giurisprudenziale, esplicitando nel testo il fatto che chi esercita la professione sanitaria non è punibile se commette un'imperizia nel rispetto delle linee guida. È chiaro che tutta l'incertezza interpretativa sui contorni della categoria di questa categoria e le oscillazioni giurisprudenziali che si sono registrate nel periodo di vigenza del decreto “Balduzzi” vengono ora a riproporsi, addirittura per via legale, con l'art. 590-*sexies* c.p. Non è un caso che, sul punto, nemmeno la decisione delle Sezioni Unite abbia fatto definitiva chiarezza (v. § 4.1).

**2.2. L'art. 5 della legge “Gelli-Bianco”: le «linee guida pubblicate e definite ai sensi di legge»** – Al momento della conversione in legge del decreto “Balduzzi”, la maggiore preoccupazione espressa in dottrina, sul piano della

(non) determinatezza dell'art. 3, non fu relativa all'introduzione di una forma qualificata di colpa apparentemente estranea alla nostra tradizione penalistica, bensì all'individuabilità delle linee guida menzionate dalla norma (questo profilo, come altri, fu peraltro oggetto di una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Milano, sulla quale si veda [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.3.2013). In effetti, sul punto la legge risultava essenziale, prescrivendo soltanto il requisito dell'accreditamento da parte della comunità scientifica, così – di fatto – rimettendo l'accertamento al giudice e, nella specie, al suo perito, unico in grado di destreggiarsi e navigare nel *mare magnum* delle linee guida esistenti (d'altronde, da tempo la dottrina aveva segnalato che ad un maggiore utilizzo delle linee guida in sede di accertamento della responsabilità penale colposa, non corrisponde un affrancamento del giudice dal giudizio dell'esperto, sul punto v. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in MARINUCCI, DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, tomo II, *I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 177).

La legge appena approvata, all'opposto, si premura di stabilire un sistema di accreditamento formale delle linee guida. In particolare, a dettare la disciplina delle «linee guida pubblicate e definite ai sensi di legge» richiamate dall'art. 590-*sexies* c.p. è l'art. 5, co. 3 della legge “Gelli-Bianco”, che valorizza il Sistema Nazionale per le Linee guida (SNLG), già operativo dal 2004, al quale un successivo decreto, da emanare entro centoventi giorni, attribuirà ulteriori compiti e funzioni. Nel frattempo, la legge stabilisce che esso raccoglierà («integrerà») le linee guida, che saranno poi pubblicate sul sito internet dell'Istituto superiore di sanità pubblica, «previa verifica della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche». Tale attività di verifica avviene su linee guida che, ai sensi del co. 1, sono «elaborate da enti ed istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, da aggiornare con cadenza biennale». Il co. 2, invece, fissa alcuni requisiti minimi ed alcuni criteri che il Ministro della salute dovrà tenere in considerazione per la redazione di tale elenco.

L'«eterointegrazione» della normativa penalistica ha preso avvio con l'approvazione da parte del Ministero della Salute in data 2.8.2017 di decreto (in *Gazz. Uff.* 10.8.2017 n. 186) diretto a costituire un elenco dei soggetti accreditati alla redazione delle linee guida, ed in data 29 settembre di decreto (in *Gazz. Uff.* 23.10.2017 n. 248) per la creazione dell'osservatorio delle buone pratiche (per un approfondimento di entrambi i decreti, CUPELLI, *L'eterointegrazione della legge Gelli-Bianco in tema di linee guida “certificate” e responsabilità penale in ambito sanitario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31.10.2017). Quest'ultimo è stato espressamente disciplinato dall'art. 3 della l. n. 24 ed è destinato a rivestire importanza pratica nella misura in cui, ai sensi del combinato disposto tra l'art. 5, co. 1, e l'art. 6 (che ha introdotto il 590-*sexies* nel codice) in mancanza di raccomandazioni cliniche contenute nelle linee guida, l'esercente la professione sanitaria si attiene alle buone pratiche clinico-assistenziali e, qualora esse



risultino adeguate, non è punibile. Queste previsioni relative alle *best practices* dovrebbero colmare quell'incertezza sul loro significato e sul loro statuto giuridico maturata nel periodo di vigenza del d.l. "Balduzzi" (sul punto, si veda la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali in CALETTI, *La colpa professionale del medico a due anni dalla Legge Balduzzi*, cit., p. 186 ss.).

Nonostante questi primi passi, il percorso di formazione del sistema di accreditamento non può dirsi ancora concluso. Tuttavia, va sin d'ora segnalato che le pronunce giurisprudenziali che sino ad oggi si sono cimentate nell'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p., non si sono mai interrogate su questi profili, ragionando sempre in modo astratto di "linee guida" e, non ancora, di "linee guida accreditate".

**3. L'art. 590-*sexies* alle Sezioni Unite** – Come già accennato, a pochi mesi dalla sua entrata in vigore, l'interpretazione dell'art. 590-*sexies* c.p. è stata affidata ad un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione penale. La rimessione ha rappresentato una soluzione obbligata alla luce del contrasto ermeneutico maturato in seno alla Quarta Sezione della Corte, che, nelle uniche due occasioni nelle quali ha dovuto misurarsi con il "nebuloso" portato del nuovo articolo, ha preso posizioni in netta contrapposizione tra loro.

Stando a quanto riportato nella lettera con la quale il Presidente della Quarta Sezione ha rilevato il "significativo contrasto" insorto tra le prime due sentenze, «secondo una pronuncia (del 20.4.2017 n. 28187) la prevalente disciplina era più favorevole poiché aveva escluso la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve in contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, mentre quella sopravvenuta ha eliminato la distinzione tra colpa lieve e grave ai fini dell'attribuzione dell'addebito, dettando al contempo una nuova articolata disciplina in ordine alle linee guida che costituiscono il parametro per la valutazione della colpa per imperizia in tutte le sue manifestazioni; secondo un'altra recente sentenza (del 19.10.2017 n. 50078), invece, la nuova disciplina è più favorevole avendo previsto una causa di esclusione della punibilità dell' esercente la professione sanitaria "operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in assenza, delle buone pratiche clinico-assistenziali adeguate alle specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa». Formalmente, quindi, la questione demandata al vaglio della Corte nella sua massima composizione è stata ricondotta all'individuazione delle esatte ricadute intertemporali della nuova disciplina, ovvero se essa contenga una disciplina più favorevole rispetto a quella che ha abrogato e possa, pertanto, trovare applicazione anche nei casi verificatisi prima dell'approvazione della riforma e fino ad ora decisi alla luce delle coordinate normative contenute nell'art. 3 del decreto "Balduzzi".

In realtà, prima ancora dei problemi di successione normativa sollevati dalla riforma "Gelli-Bianco", ad essere in discussione era lo stesso perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., atteso che è proprio su questo punto che le due pronunce in questione hanno presentato le più sostanziali divergenze e che da esso dipendono, di riflesso, le conseguenze sul piano intertemporale.

Risulta utile, allora, in una prospettiva sinottica, analizzare i passaggi essenziali delle due sentenze, per evidenziare in

modo preciso i termini del contrasto insorto e i punti sui quali sono state chiamate a fare luce le Sezioni Unite.

**3.1. La prima presa di posizione a livello giurisprudenziale, la sentenza "Tarabori"** – La prima sentenza che, in ordine cronologico, si è misurata col nuovo articolo del codice penale è la del 20.4.2017 n. 28187, ormai conosciuta come "Tarabori" dal nome della parte civile ricorrente (v. Cass. pen., Sez. IV, 20.4.2017 n. 28187, in *www.penale contemporaneo.it*, 13.6.2017, con nota di CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*; nonché in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 713 ss., con nota di CAPUTO, 'Promossa con riserva'. *La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene rimandata a settembre per i decreti attuativi*, p. 724 ss.; in *Giur. it.*, 2017, p. 2199 ss., con nota di RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, p. 2201 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369, con nota di CALETTI, MATHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*).

In quell'occasione, la Corte si è mostrata sin da subito allineata alle perplessità sollevate in dottrina dall'art. 590-*sexies* c.p., giungendo ad un'interpretazione di fatto "sterilizzante" della nuova norma e stabilendo la (perdurante) applicabilità del decreto "Balduzzi" ai casi precedenti all'entrata in vigore della nuova normativa, dal momento che quest'ultima recherebbe una disciplina *sempre* meno favorevole di quella introdotta nel 2012.

Si tratta di una pronuncia che, a dispetto della conclusione molto netta, presenta una motivazione estremamente complessa e approfondita, il cui argomentare si è dipanato tra due possibili letture della nuova norma, entrambe altamente problematiche.

La sentenza ha infatti riconosciuto come l'interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies* c.p. porterebbe a escludere la punibilità «anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata». L'esempio paradigmatico che viene proposto è quello di un chirurgo che «imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale». Il tenore letterale della nuova norma – ad avviso degli estensori – imporrebbe di esentare da responsabilità tale chirurgo, pur in presenza di un errore grossolano e macroscopico; in altre parole: grave.

Questa lettura, tuttavia, a giudizio della Corte darebbe luogo ad un esito in contrasto con i principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e colpevolezza (art. 27 Cost.). Allo stesso tempo, ammettere la non punibilità del sanitario anche in casi di imperizia "grossolana", rischierebbe di «vulnerare l'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse finalità dichiarate dalla legge».

Rilevato il contrasto di una simile impostazione con diversi canoni costituzionali, alla Corte non è rimasta che quell'interpretazione "secondo ovvietà" presentata nell'*incipit* della motivazione e che il lungo percorso ermeneuti-



co mirava a scongiurare: il sanitario avveduto che rispetta le linee guida pubblicate sul sito del Ministero della salute, quando queste si rivelino anche adeguate al caso dello specifico paziente, non risponde penalmente. L'art. 590-*sexies* c.p., quindi, è riemerso da questa prima valutazione come una disposizione tutto sommato "inapplicabile", da considerare alla stregua di una mera "declinazione" dell'art. 43 c.p., cioè una istruzione di massima – verrebbe da dire una "linea guida" – su come accertare la colpa penale in ambito medico nei casi in cui vi siano linee guida riconosciute ai sensi dell'art. 5 della l. "Gelli-Bianco".

Al contempo, nella sentenza "Tarabori" non è stata accordata alcuna rilevanza al riferimento testuale all'osservanza delle linee guida quale "causa di esclusione della punibilità". Attraverso un richiamo esemplificativo agli artt. 85 e 388 c.p., è stato infatti ricordato come nel codice penale la stessa espressione sia rinvenibile «con significati diversi e non di rado atecnici, cioè non riconducibili alla sfera dell'esclusione della pena pur in presenza di un reato, per ragioni istituzionali, personali, di opportunità», con l'effetto che, nel caso della nuova responsabilità medica, «l'evocazione della punibilità va intesa come un atecnico riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa».

Di qui, l'indicazione di diritto intertemporale della sentenza "Tarabori" secondo la quale il decreto "Balduzzi" sarebbe, in ogni caso, più favorevole per l'imputato rispetto alla riforma del 2017.

In conclusione, preso atto del maldestro tentativo del legislatore di esentare i medici da una porzione di responsabilità penale, va segnalato lo sforzo "propositivo" della Corte nell'ultimo paragrafo della "Tarabori", laddove ha ricordato la presenza nell'ordinamento dell'art. 2236 c.c., che, anche qualora non lo si voglia ritenere direttamente applicabile, può continuare a dispiegare effetti nel giudizio penale «come regola di esperienza cui attenersi per valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà».

**3.2. L'interpretazione letterale dell'art. 590-*sexies* c.p.: la sentenza "Cavazza"** – Di tutt'altro tenore la motivazione della più recente sentenza "Cavazza", fin dallo stile: l'approfondimento e l'argomentazione propri della "Tarabori" hanno lasciato il passo ad un incedere più asciutto e sintetico, ma, comunque, molto incisivo (v. Cass. pen., Sez. IV, 19.10.2017 n. 50078; per un commento della pronuncia, CUPELLI, *Quale (non) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7.11.2017; PIRAS, *La non punibilità dell'imperizia medica in executivis*, *ivi*, 5.12.2017; si rinvengono considerazioni anche in BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590-*sexies* c.p.*, *ivi*, 28.11.2017. Pare fondato ritenere che non siano seguiti altri commenti per l'immediata notizia della rimessione del contrasto alle Sezioni Unite).

La tesi sostenuta è, infatti, immediatamente percepibile dal lettore e – aspetto del tutto peculiare, dal momento che la Corte non ha fatto applicazione della nuova normativa e, soprattutto, non ha annullato con rinvio la sentenza d'appello – è stata riassunta dall'estensore in un vero e proprio principio di diritto, secondo il quale il nuovo articolo 590-*sexies* c.p. «prevede una causa di non punibilità dell'e-

sercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso) nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse».

Nella "Cavazza" è stata dunque ricollegata all'osservanza delle linee guida una causa di esclusione della punibilità di tipo oggettivo, che si collocherebbe al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza: «la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell'ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico-criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva».

A tanto si è giunti attraverso una massima valorizzazione dell'interpretazione letterale della nuova norma, che ha accantonato la graduazione della colpa proposta, invece, dalla riforma "Balduzzi". Si tratta, nientemeno, di quell'impostazione che nella sentenza "Tarabori" veniva rifiutata in forza di una probabile divergenza, sotto diversi profili (ragionevolezza, colpevolezza, tutela della salute), dalla carta costituzionale.

Anche la sentenza "Cavazza" si è dimostrata consapevole che esentare da pena anche forme di grave imperizia può essere operazione indiziata di incostituzionalità («potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza lieve»), ma ha proceduto oltre in quanto i dubbi sollevati dal precedente non assumevano rilevanza nel caso di specie (come d'altronde, a voler essere precisi, anche la stessa riforma "Gelli-Bianco", posto che nella ricostruzione del caso esaminato non si faceva mai riferimento all'osservanza delle linee guida).

Oltre che delle tensioni a livello costituzionale, la sentenza è apparsa cosciente anche dell'obiezione di fondo che si può muovere all'interpretazione accolta secondo la quale «in presenza di colpa grave, sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario» ed, in particolare, quello del "rispetto" delle linee guida. Sul punto, tuttavia, in linea con l'impostazione complessiva, e similmente a quanto avvenuto con riguardo ai profili di costituzionalità, la Corte si è limitata a contraddire tale rilievo senza argomentare e procedendo nella strada tracciata. Si tratta, in realtà, di aspetto cruciale, non a caso valorizzato dalle Sezioni Unite per elaborare un'alternativa ai due orientamenti giurisprudenziali esistenti.

**3.3. Alcuni punti fermi** – Dall'analisi dei contenuti delle prime pronunce sull'art. 590-*sexies* c.p. è evidente la contrapposizione tra un'interpretazione costituzionalmente orientata ma ineffettiva, quella della "Tarabori", ed una molto aderente al dato testuale dell'art. 590-*sexies* c.p., ma fortemente indiziata di incostituzionalità, fatta propria dalla sentenza "Cavazza".

Non è difficile cogliere le radici di questo disorientamento della Suprema Corte nella ermetica formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., che, a confronto con la – già non chiarissima – formulazione del decreto "Balduzzi" ha eliminato



ogni riferimento al grado della colpa ed ha insistito, invece, sulle linee guida, e sui complessi e scivolosi concetti di “rispetto” ed “adeguatezza” delle medesime (aggiungendovi, peraltro, l’“inafferrabile” requisito dell’imperizia). Proprio per questo, pare il caso di evidenziare i punti condivisi da entrambe le pronunce e di cui, pertanto, non sono state investite le Sezioni Unite.

a) *L’art. 590-sexies c.p. considera solo errori nella attuazione delle linee guida, non anche nella scelta delle stesse.* Per semplificarne i passaggi logici, specie sul piano intertemporale sembra il caso di condurre l’analisi (ancora) sulla scorta della casistica individuata dalla nota sentenza “Cantore” in relazione all’area di applicabilità della colpa maturata nell’osservanza delle linee guida dopo la conversione in legge del decreto “Balduzzi” (Cass. pen., sez. IV, sent. 29.1.2013 n. 16237, cit.). In tale pronuncia, come detto, si era prospettata una responsabilità del sanitario ossequioso delle linee guida nelle ipotesi di “adempimenti imperfetti” e di “adempimenti inopportuni” delle stesse. Ebbene, i casi si verificherebbero, il primo, quando il sanitario ha individuato le linee guida corrette, ma nel metterle in pratica si è macchiato di una condotta colposa; il secondo, invece, quando il sanitario, pur avendo tutti i dati per stabilire la linea guida corretta per le esigenze presentate dal paziente, ne ha scelta una inadeguata al caso concreto (adempiendola, quindi, in modo “inopportuno”).

Il richiamo esplicito dell’art. 590-sexies c.p. – ed estraneo all’art. 3 del decreto “Balduzzi” – all’adeguatezza delle linee guida porta a ritenere che l’imperizia non possa attuarsi nell’errore su quale linea guida rispettare. Ciò è stato sin da subito rilevato in dottrina e poi confermato da entrambe le sentenze della Corte di legittimità. In particolare, nella “Cavazza” si è osservato che l’imperizia per essere non punibile deve essersi verificata «nella fase “esecutiva” dell’applicazione e non nel momento della scelta della linea guida, giacché in tale evenienza non ci si troverebbe in presenza della linea guida adeguata al caso di specie».

Ci si è soffermati su questo profilo poiché ha una evidente ricaduta sui profili intertemporali, come detto, oggetto di precipua remissione alle Sezioni Unite. Tutti i casi di “adempimento inopportuno” o errore nella scelta delle linee guida – sia ben inteso: errore secondo una valutazione *ex ante*, non *ex post* – verificatisi prima dell’entrata in vigore della riforma (1 aprile), continueranno ad essere giudicati sulla base del decreto “Balduzzi”, che sanzionava tali condotte solo per colpa “non lieve”.

Sotto questo profilo, in definitiva, a prescindere dall’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, era chiaro che la nuova legge fosse meno favorevole della disciplina precedente, che consentiva di affermare la responsabilità penale solo laddove l’esigenza di discostarsi dalle linee guida fosse macroscopica e, quindi, la conseguente colpa del sanitario fosse grave.

L’inequivocabile tenore del dato letterale ha attirato aspre critiche. A ben pensarci, infatti, questa soluzione sguarnisce di un regime di favore l’intera casistica di errore diagnostico, che costituisce parte fondamentale della morfologia dell’errore medico.

b) *La nuova disciplina si applica solo ai casi di imperizia.* Anche relativamente a questo aspetto, la lettera della norma sembra non lasciare margini di manovra. Quella che, nella vigenza del decreto “Balduzzi” era stata una limitazione avvenuta per via interpretativa e, inutile negarlo,

*contra legem*, è stata “legalizzata” dall’art. 590-sexies c.p. Entrambe le pronunce in esame hanno mosso appunti critici a tale impostazione, accogliendo le perplessità da tempo evidenziate in dottrina circa la scelta di politica legislativa di affidare alla difficilissima distinzione tra le tre forme di colpa previste dall’art. 43 c.p. il discrimine per l’applicabilità dell’esimente prevista dall’art. 590-sexies c.p. (la dottrina in argomento è molto vasta; tra i commenti della riforma che maggiormente si occupano di questo aspetto, MASSARO, *L’art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico*, cit.). Il rischio, già prospettato prima della riforma, al punto da convincere la Cassazione a tornare sui suoi passi nel periodo del decreto “Balduzzi”, è che la tripartizione codicistica, “sotto-teorizzata” dagli anni ’50 ad oggi, possa rivelarsi fortemente malleabile in sede di giudizio e porti ad escludere l’applicabilità della nuova norma anche in casi di chiara imperizia, ma “travestiti” talvolta di negligenza, talvolta di imprudenza.

c) *Entrambe le sentenze hanno individuato nella causa di non punibilità dell’imperizia grave l’ermeneutica del nuovo testo di legge più vicina all’intento legis.*

Al momento dell’intervento delle Sezioni Unite, non pareva essere in discussione nemmeno che quella accolta, pur senza sciogliere il dubbio sulla sua costituzionalità, dalla sentenza “Cavazza” fosse l’interpretazione più aderente alle intenzioni del legislatore.

Ad ulteriore conferma di quest’affermazione, va segnalato che nella prima versione dell’art. 590-sexies c.p. approvata dalla Camera (poi “stravolta” in Senato) si stabiliva come criterio generale di imputazione in ambito sanitario quello della colpa grave; poi, al secondo comma, si specificava che «agli effetti di quanto previsto dal primo comma, è esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge». Presumendo la colpa (*rectius*: l’imperizia) lieve nei casi di osservanza delle linee guida, di fatto, il legislatore sembrava mirare proprio allo stesso effetto che la sentenza “Cavazza” ha tentato di attribuire alla norma: quello di esentare in ogni caso di imperizia maturata nell’osservanza delle linee guida (per un commento della prima versione della legge, DI GIOVINE, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco”: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 386 ss.).

#### 4. La decisione delle Sezioni Unite: il ritorno sulla scena della colpa grave. Messa a fuoco dei profili intertemporali

– A nemmeno un anno dall’entrata in vigore dell’articolo in commento, dunque, le Sezioni Unite della Cassazione si sono espresse sul nuovo statuto penale della responsabilità medica (v. *Cass. pen.* S.U. sent. 21.12.2017 n. 10952 (rel. Vessichelli, ric. Mariotti), in *www.penalecontemporaneo.it*, 1.3.2018, con primo commento di CUPELLI, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione ‘costituzionalmente conforme’ dell’imperizia medica (ancora) punibile*; e note di CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell’art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell’imperizia ed “antiche” incertezze*, 9 aprile 2018; e di PIRAS, *Un distillato di nomofilachia: l’imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico*,



20.4.2018. La sentenza è annotata anche da LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario: la nuova disciplina è meno favorevole di quella precedente*, in *Dritto e salute*, 2018, n. 2).

Il principio di diritto espressamente enunciato dalle Sezioni Unite sin dall'informazione provvisoria pubblicata in attesa della motivazione è il seguente:

«L' esercente la professione sanitaria risponde a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia:

1) nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione dell'atto medico quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

2) nell'ipotesi di errore rimproverabile nella individuazione e nella scelta delle linee-guida o di buone pratiche che non risultino adeguate alla specificità del caso concreto, fermo restando l'obbligo del medico di disapplicarle quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento da esse;

c) se l'evento si è verificato per colpa (soltanto "grave") da imperizia nell'ipotesi di errore rimproverabile nell'esecuzione, quando il medico, in detta fase, abbia comunque scelto e rispettato le linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche che risultano adeguate o adatte al caso concreto, tenuto conto altresì del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico».

L'occasione per le Sezioni Unite penali di misurarsi con l'ermetico dettato dell'art. 590-*sexies* c.p. è stata offerta da un caso – privo, a dire il vero, di profili di particolare interesse – di lesioni personali colpose, deciso in prime cure dal Tribunale di Pistoia. Al ricorrente, condannato in entrambi i gradi di giudizio, era stata contestata l'omessa diagnosi di una sindrome da compressione della "cauda equina". Tale omissione, attuata in parte anche attraverso il prolungato rinvio della visita da parte del sanitario (il quale, in un'occasione, non si era nemmeno presentato all'appuntamento col paziente), aveva sortito l'effetto di differire nel tempo l'urgente intervento chirurgico necessario per fronteggiare la predetta sindrome. L'esecuzione tardiva dell'operazione aveva quindi cagionato un rilevante deficit sensitivo-motorio, «con implicazioni dirette sul controllo delle funzioni neurologiche concernenti l'apparato uro-genitale e di quelle motorie del piede destro».

È bene specificare come il Tribunale di Pistoia avesse a suo tempo escluso l'applicabilità dell'art. 3 del d.l. "Balduzzi" in quanto «l'imputato non si era attenuto alle linee-guida o alle *best practices* che gli avrebbero imposto una diagnosi tempestiva e la sollecitazione di un intervento chirurgico non ulteriormente procrastinabile». Il caso di specie, dunque, posto che l'imputato non solo non aveva "rispettato" le linee guida ma che, anzi, le regole cautelari violate erano state individuate dal primo giudice proprio all'interno delle raccomandazioni cliniche di riferimento, appare nulla più che il "*casus belli*" che ha consentito alla Cassazione di ricomporre, in tempi *record*, l'esaminato contrasto in seno alla sua Quarta Sezione. Come detto più volte, infatti, qualsiasi ne sia l'interpretazione, l'ineffabile presupposto per l'applicazione della norma in esame è che

il sanitario abbia "rispettato" delle linee guida accreditate ed "adeguate" al caso concreto.

Attesa la delicatezza del compito assegnatole, la sentenza ha preso le mosse da alcune considerazioni inerenti la *ratio* delle recenti riforme che hanno interessato la responsabilità del sanitario, che è stata individuata nell'edificazione di un limite alle responsabilità penali, spesso dilatate da un «panorama giurisprudenziale sempre più severo». Non si è mancato di segnalare come, nel caso della legge "Gelli-Bianco", tale finalità si sia intersecata con un altro intento che pervade tutta la riforma: quello di garantire una maggiore sicurezza delle cure, che si manifesta negli altri articoli della legge, come gli 1,3 e 5. In questa prospettiva, la sentenza ha mostrato approvazione per l'istituzione di un osservatorio per le buone pratiche e per la creazione di un sistema di accreditamento formale delle linee guida. Nonostante tali novità, che sembrerebbero conferire alle linee guida «connotati pubblicistici», le Sezioni Unite si sono uniformate, con riguardo al loro statuto giuridico, a quanto già messo in luce dalle sezioni semplici e, nella specie, proprio dalla sentenza "Tarabori". Le linee guida presentano indubbi vantaggi (tra i quali, per la prima volta, è stato annoverato anche quello di ridurre i costi clinici), ma è sempre bene avere chiaro che, per le note ragioni, «non si tratta di veri e propri precetti cautelari», così come va escluso che «il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi agganciato ad automatismi». Chiariti questi profili, la motivazione è passata ad analizzare con precisione l'orientamento dei due precedenti che hanno aperto il contrasto all'interno della Quarta Sezione e dei quali si è dato conto. Entrambe le pronunce – ci ha tenuto a precisare la Corte – esprimono «moltissime osservazioni condivisibili», ciò che manca è, invece, «una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire l'effettiva portata della norma in considerazione», che, visto anche il complesso percorso intrapreso dal legislatore negli ultimi anni, non può non ispirarsi all'evidente *ratio* deflattiva della norma. Nella prospettiva della ricerca di un'interpretazione costituzionalmente conforme – ha ricordato la Corte – è consentito anche «andare "oltre" la letteralità» della norma, a maggior ragione quando l'interpretazione proposta si riveli l'unica plausibile.

È proprio questa l'operazione che si sono proposte di compiere le Sezioni Unite, non prima però di aver precisato – passaggio spesso sottovalutato in giurisprudenza, ma, in realtà di grande rilievo – che la valutazione di adeguatezza delle linee guida va compiuta *ex ante*, sulla base dei particolari conosciuti o conoscibili dal sanitario al momento dell'intervento. Altrimenti, essa rischia di essere confusa con la fase attuativa delle linee guida, che costituisce il possibile campo di operatività della norma. Su questa distinzione, infatti, poche pagine dopo, la sentenza ha tracciato la propria linea interpretativa.

Un'altra precisazione necessaria, a giudizio delle Sezioni Unite, è quella relativa all'imperizia. La Corte, pur sottolineando la grande «fluidità di confini» ed il fatto che non per forza l'esistenza di linee guida comporti che la loro violazione dia luogo ad un'imperizia, ha inquadrato il caso di specie nella forma della negligenza, per via della condotta «lassista» del sanitario che aveva portato all'omessa diagnosi.



Nella proposizione della propria tesi, la sentenza è partita da una critica delle due pronunce precedenti. Della “Tarabori” è stata apprezzata la “*pars destruens*”, di critica all’impianto della nuova disposizione codicistica. L’«errore», invece, starebbe proprio nel non rinvenire alcuno spazio applicativo per la causa di non punibilità, addividendo, nei fatti, ad una «interpretazione abrogatrice». Dal canto suo, la “Cavazza” avrebbe avuto il pregio di valorizzare il dato letterale della norma, ma sarebbe poi caduta nell’«errore opposto», ovvero accordare all’esonazione uno spazio eccessivamente ampio, in grado di coprire persino condotte di colpa grave.

Tutto ciò premesso, «la previsione di una causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile». Essa è apparsa alla Corte anche pienamente giustificabile sul piano della ragionevolezza (e della possibile «disparità di trattamento» che viene a configurare), posto che non solo essa ha la duplice finalità di contrastare la medicina difensiva e promuovere la sicurezza delle cure garantendo al sanitario un margine di maggiore serenità, ma è anche meno invasiva della soluzione del 2012, che aveva delimitato la colpa attraverso una parziale *abolitio criminis*.

Successivamente, la causa di non punibilità intravista nell’art. 590-*sexies* c.p. dalle Sezioni Unite incomincia a prendere forma. Si è partiti con un rifiuto dell’*in culpa sine culpa*, tesi maturata tra i primi commenti del d.l. “Balduzzi”, secondo la quale non sarebbe possibile configurare una colpa nell’osservanza delle linee guida, e che la “Tarabori” aveva, in qualche misura, richiamato sottolineando l’incongruità logica della nuova norma. L’obiezione, invece, come specificato nella motivazione delle Sezioni Unite, aveva già trovato superamento nella nota sentenza “Cantore” (Cass. pen., Sez. IV; sent. 29.1.2013 n. 16237, cit.).

Rispetto alla situazione delineata da tale pronuncia, tuttavia, alla stregua della riforma del 2017, «l’errore non punibile non può riguardare la fase della selezione delle linee guida», ma solo quella «attuativa». La *ratio* di tale scelta del legislatore è stata individuata nel «pretendere che l’esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione alle nuove acquisizioni scientifiche; capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino». Se, poi, tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l’evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario, il residuo dell’atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà, a certe condizioni, essere proprio l’ipotesi che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità. Infatti, in tale caso, a giudizio della sentenza, «può dirsi che si rimanga nel perimetro del “rispetto” delle linee guida, quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità».

È attraverso questo ragionamento che è tornato in considerazione il grado della colpa. Tale riviviscenza della “colpa grave” quale criterio di imputazione, sebbene “mascherato” dietro la nozione di causa di non punibilità, si giustificerebbe, a giudizio delle Sezioni Unite, sulla base di molteplici e diversi argomenti: la tutela civilistica del paziente già apprestata dalla riforma, la continuità con il

decreto “Balduzzi”, l’incentivo a pratiche di prevenzione degli incidenti *ex art.* 16 della legge, il timore di un ritorno ai fin troppo repressivi orientamenti giurisprudenziali del passato.

Non hanno convinto la Corte le obiezioni che di solito vengono addotte contro questa soluzione: da un lato, l’argomento – a dire il vero, prevalentemente dottrinale – per cui sarebbe sufficiente un rigoroso accertamento dei requisiti della prevedibilità e dell’evitabilità per risolvere, nella direzione di una mancata responsabilità per colpa, i «casi liminari»; dall’altro, quello della disparità di trattamento, già prevenuto dalla sentenza quando ha ammesso la legittimità di un regime di non punibilità limitato ai medici, ricorrendo anche all’argomento della «mutevolezza ed unicità» di ogni caso clinico.

Una simile impostazione non darebbe problemi nemmeno sul piano della tassatività, dal momento che il *deficit* di determinatezza è proprio dell’illecito colposo (e si materializza principalmente a monte nella valutazione sull’esigibilità della condotta) e che, comunque, il grado della colpa non è più da tempo materia sconosciuta all’ordinamento italiano, vista «la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni» proprio in tema di responsabilità medica. Questo valore “sistematico” della graduazione ha portato a ritenere che «la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto».

I due paragrafi successivi sono così diretti a riepilogare le occasioni nelle quali il grado della colpa è stato già protagonista in senso deflativo: l’art. 2236 c.c., da ultimo rilanciato anche dalla “Tarabori” e l’art. 3 del d.l. “Balduzzi”. La giurisprudenza maturata sotto la vigenza del decreto, peraltro, offre dei validi criteri per differenziare i gradi di colpa. Le Sezioni Unite hanno così precisato che la valutazione sulla gravità della colpa va effettuata «in concreto»: «nella demarcazione gravità/lievità rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell’agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa».

Infine, la motivazione ha escluso un’incongruenza tra la soluzione adottata e l’eliminazione del grado della colpa avvenuta nel corso dei lavori parlamentari, dallo studio dei quali, le Sezioni Unite non hanno ravvisato un «ripudio *tout court*»; potendo invece ammettersi «che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto». Esaurito il proprio percorso ermeneutico, la sentenza riporta il già segnalato principio di diritto. Da esso, quindi, emerge come l’esonazione da responsabilità introdotta dall’art. 590-*sexies* in sostituzione di quella prevista dal decreto “Balduzzi”, sia valida esclusivamente nei casi in cui il sanitario, rispettando linee guida adeguate al caso concreto, versi in colpa lieve dovuta ad imperizia.

Di seguito sono stati conseguentemente messi a fuoco i profili intertemporali. La normativa previgente risulta più favorevole, anzitutto, in tutte le ipotesi in cui la colpa si sia concretata in negligenza od imprudenza. Non solo: nell’ambito della colpa dovuta ad imperizia, anche in tutti i



casi in cui l'errore sia avvenuto nel momento selettivo delle linee guida. Quanto alle ipotesi di imperizia lieve nell'esecuzione di linee guida adeguate esse vanno esentate da entrambe le normative, risultando «ininfluyente lo strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto».

**4.1. Permanenti profili di criticità** – A quasi un anno dall'entrata in vigore, è dunque finalmente dato conoscere il significato dell'enigmatica disposizione contenuta all'art. 590-*sexies* c.p. Quella adottata dalle Sezioni Unite costituisce, probabilmente, la soluzione più ragionevole concessa dal dato legale, l'unica che garantisca alla norma un margine applicativo, senza tuttavia incappare nei legittimi sospetti di costituzionalità che avvolgevano la ricostruzione della sentenza "Cavazza". Sotto questo profilo, sembra giusto ribadire come la ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione fosse una strada quasi obbligata per le Sezioni Unite, specie in forza dell'evidente irrilevanza della nuova disciplina nel caso esaminato (nel quale, addirittura, si contestava una violazione delle linee guida). Peraltro, la soluzione offerta dalle Sezioni Unite "tiene" anche sotto il profilo dell'osservanza dei requisiti predisposti dall'art. 590-*sexies* c.p., atteso che, come era stato già evidenziato in dottrina, una colpa lieve può risultare compatibile con il "rispetto" delle linee guida, laddove, al contrario, una colpa grave difficilmente può verificarsi in una cornice di "rispetto" della raccomandazione clinica (in effetti, l'impostazione intermedia tra le due pronunce in contrasto poi fatta propria dalle Sezioni Unite trova le proprie radici in dottrina e, nella specie, in CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, cit., p. 1373 ss., come sottolineato anche da LUPO, *Le Sezioni unite della Cassazione sulla responsabilità penale del sanitario*, cit., p. 40; critico circa questo modo di intendere il "rispetto" della linea guida, tuttavia, DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida*, cit., p. 5).

Eppure, nonostante la bontà dell'approdo finale, le problematiche aperte e le incertezze restano molte, anzitutto, in tema di imperizia. Sul punto, le Sezioni Unite hanno (inevitabilmente) ribadito la limitazione sancita a livello letterale. Nel fare ciò, tuttavia, hanno qualificato il caso di specie in termini di negligenza, pur trattandosi di un'omessa diagnosi e, quindi, di un errore riconducibile alla sfera tecnico-scientifica. Preso atto della scelta del legislatore, occorrerà ora dedicarsi a stabilire con più certezza, in altre parole a "tassativizzare", i contorni di questa discussa categoria, giacché, per il momento, stante l'assenza di definizioni condivise, l'applicabilità della causa di non punibilità per colpa lieve tratteggiata dalla Cassazione dipende dalla discrezionalità del giudicante. La tesi tradizionale della dottrina, ad esempio, era quella di intendere l'imperizia come declinazione professionale di negligenza ed imprudenza, ridimensionando la possibilità di intravedervi un significato autonomo (cosa che, al contrario, avviene costantemente in giurisprudenza), e viene oggi riproposta per superare le attuali difficoltà ermeneutiche (cfr. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, cit., p. 1481 ss.; MASSARO, *L'art. 590-*sexies* c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, cit., in particolare p. 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici; CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*

*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite, cit., p. 10 ss.).

Altro aspetto altamente problematico diviene la distinzione tra errore nella scelta della linea guida ed errore nell'adattamento (o esecuzione) della stessa, che non era mai stata indagata in costanza del d.l. "Balduzzi", dal momento che non rilevava per stabilire il grado di colpa punibile, ma che oggi è essenziale per comprendere quando può trovare applicazione l'art. 590-*sexies* c.p. Sotto questo profilo, le criticità derivano dalla stessa natura malleabile delle linee guida, che non rende agevole comprendere, specie nei casi in cui la raccomandazione clinica consti di più prescrizioni, quando essa fosse a priori "inadeguata" o sia stata male adattata alle esigenze del paziente (per un'ampia riflessione sul tema, CALETTI, MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-*sexies* c.p. dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 12 ss.).

Infine, come si accennava, rimane attuale anche la questione dell'accreditamento formale delle linee guida che, se adeguate e rispettate, fondano la restrizione della responsabilità solo alle ipotesi di colpa grave. In particolare, viene da domandarsi cosa possa accadere in relazione ai fatti avvenuti nelle more della messa a punto del sistema di accreditamento ufficiale. In questo senso, in dottrina si è proposto di qualificare linee guida non formalmente ancora pubblicate ai sensi di legge come buone pratiche, in modo da giustificare l'applicazione della nuova norma che, in mancanza di raccomandazioni cliniche positivizzate, si accontenta in via "sussidiaria" del rispetto delle *best practices* (v. CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., p. 104).

Si tratta di problemi qui solo accennati, ma dai quali – è evidente – dipenderanno le "fortune" applicative della nuova disciplina.

**5. Cenni sulle altre norme della riforma dal rilievo penalistico (artt. 15 e 16)** – Tra le novità della riforma vanno annoverate anche le disposizioni contenute dagli artt. 15 e 16 della l. n. 24.

A norma dell'art. 15 il giudice penale deve "affidare" l'espletamento della perizia ad un medico legale e ad uno specialista nella materia oggetto del processo. Stando alla nuova disciplina, entrambi i periti andranno selezionati nell'apposito albo di cui all'art. 67 disp. att. c.p.p. Tale albo, a norma del co. 2 dell'art. 15, dovrà essere aggiornato con l'aggiunta dell'iscrizione delle specializzazioni di ogni sanitario iscritto (competente per tale aggiornamento è il Presidente del Tribunale). In attesa che, in effetti, gli albi vengano aggiornati con l'introduzione di sezioni di professionisti sanitari non specializzati in medicina legale, sembra comunque possibile soddisfare la richiesta legislativa di nomina di due periti scegliendo il secondo esperto anche al di fuori di tali albi.

Allo stato, dunque, l'Autorità giudiziaria dovrebbe affidare l'incarico a due professionisti – uno medico legale, l'altro specialista – scegliendoli, se possibile nell'albo di cui all'art. 67, in alternativa nominandoli tra professionisti affermati ed esperti nella materia che va messa in luce nel processo.

Seppur recante indicazioni di ordine eminentemente pratico, l'art. 15, in realtà, sembra sintomo del fatto che la valutazione della sussistenza della colpa del sanitario, pur se incentrata sulle linee guida, non è più semplice



che in passato. Ne è la riprova il fatto che il giudice dovrà munirsi di ben due periti, entrambi in grado di interpretare il grado di rispetto e di adeguatezza delle linee guida invocate dall'imputato a sua discolora. Ciò, d'altronde, è assolutamente in linea con l'esperienza statunitense, nella quale, come già ribadito, con l'incremento dell'utilizzo delle linee guida nel giudizio di colpa si è accompagnato un maggiore coinvolgimento del perito.

A norma dell'art. 16 invece «all'art. 1, comma 539, lettera a) della legge 28 dicembre 2015, n. 208, il secondo periodo è sostituito dal seguente: «i verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari»». In effetti, la l. n. 208/2015, all'art. 1, co. 538 aveva sancito il principio della prevenzione e gestione del rischio come interessi prioritari del Sistema Sanitario Nazionale. Il co. 539, lett. a), tuttavia, prevedeva: «ai verbali e agli atti conseguenti all'attività di gestione aziendale del rischio clinico, svolta in occasione del verificarsi di un evento avverso, si applica l'art. 220 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». Di talché,

per via del richiamo all'art. 220, relativo alle «attività ispettive e di vigilanza», nel caso nel corso di tali attività di gestione del rischio clinico – e nella specie, gli *audit*, le *peer review*, il *mortality and morbidity* – emergessero indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro fosse utile potevano essere compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice di procedura penale. In altre parole, i risultati delle indagini interne per la comprensione e lo studio degli errori erano a disposizione delle autorità inquirenti, pronte a confluire nei processi penali quali prove incolpanti il sanitario.

L'art. 16, co. 1, della legge “Gelli-Bianco” interviene proprio al fine di escludere quest'evenienza.

La novità è in linea con le istanze di *Risk Management* e sicurezza delle cure di cui si fa portatrice la riforma “Gelli-Bianco” (per un maggiore approfondimento CALETTI, MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco”*, cit., p. 105 ss.; BIANCHI, *L'autonormazione prevenzionistica dei reati nel settore sanitario. Spunti di riflessione sistematica*, in *Diritto e salute*, 2018, n. 1).

## 648 ter.1 Autoriciclaggio (1)

Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000 a chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.

Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991 n. 203, e successive modificazioni.

Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale.

La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale.

La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto.

Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

(1) Articolo inserito dall'art. 3, co. 3, l. 15.12.2014 n. 186.

### Estremi Normativa di riferimento (codice ed extracodice)

✓ Riciclaggio (art. 648-bis c.p.) ✓ Trasferimento fraudolento di valori (art. 512-bis c.p.)

### SOMMARIO

1. Il bene giuridico tutelato ed il dibattito sulla legittimità dell'incriminazione dell'autoriciclaggio. – 2. Segue. Alcune ricadute applicative dell'autonomia offensiva. – 3. Fatto tipico. – 3.1. Soggetto attivo. – 3.2. Condotte incriminate. – 3.3. Momento consumativo e tentativo. – 3.4. Oggetto materiale e concetto di provenienza. – 3.5. Rapporto con il reato presupposto. – 4. Elemento soggettivo. – 5. Regime sanzionatorio, circostanze e confisca. – 6. Rapporto con altre fattispecie.

**1. Il bene giuridico tutelato ed il dibattito sulla legittimità dell'incriminazione dell'autoriciclaggio** – Il tema dell'in-

dividuazione del bene giuridico del reato di autoriciclaggio non incide soltanto, come normalmente avviene, su nume-



rose questioni interpretative ed applicative, ma si rivela altresì determinate rispetto al problema della legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice in commento. Infatti, laddove il fulcro dell'offesa sia individuato nel pregiudizio arrecato dalla condotta all'**amministrazione della giustizia**, ovvero nella c.d. "**perpetuazione della lesione patrimoniale** provocata mediante l'illecito presupposto (si tratta dei tradizionali inquadramenti emersi in tema di ricettazione e richiamati anche con riguardo al reato di riciclaggio, come osservato *supra*, Art. 648, § 1, e Art. 648-bis, § 2), affiorano in maniera evidente profili di tensione rispettivamente con i principi del **nemo tenetur se detegere** e del **ne bis in idem** (entrambi nel loro significato sostanziale: sul primo, in particolare, v. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere*, Bup, 2012, *passim*; sul secondo, tra i tanti, v. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 179 ss.). In questa prospettiva, infatti, si dovrebbe riconoscere al reo una sorta di "diritto" a compiere operazioni volte ad ottenere l'impunità ed a conseguire il profitto del reato, configurando esse la "naturale" prosecuzione della precedente attività delittuosa, la cui autonoma incriminazione comporterebbe di fatto una duplicazione della risposta sanzionatoria per il medesimo illecito (si tratta di argomenti che, con varietà di accenti, sono frequentemente richiamati dalla dottrina più critica rispetto alla punibilità dell'autoriciclaggio: tra i più recenti contributi, ad esempio, v. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 138 ss.; PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, p. 545 s.; ACQUAROLI, *Considerazioni sulla clausola di non punibilità dell'autoriciclaggio*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bup, 2016, p. 357 s.; CONSULICH, *La norma penale doppia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 73, che però sottolinea come una violazione del **ne bis in idem** sostanziale possa essere scongiurata anche dopo l'abrogazione del c.d. privilegio di autoriciclaggio attraverso una rigorosa applicazione del principio di consunzione). Dopotutto, la punibilità dell'autoriciclaggio è soluzione non prevista in tutti gli ordinamenti europei (è noto, ad esempio, che in Germania tuttora vale il c.d. privilegio di autoriciclaggio: per uno sguardo comparato più ampio, ad ogni modo, conviene rinviare alla recente panoramica di APOLLONIO, *Autoriciclaggio e diritto comparato*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, p. 183 ss.) e non imposta dalla normativa sovranazionale, dato che le convenzioni di Strasburgo e di Varsavia la ammettono come opzione facoltativa, mentre le direttive dell'Unione europea tacciono sul punto (v. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 234 s.; CIRAULO, *Autoriciclaggio*, in *Dig. Disc. Pen.*, Aggiornamento 2016, Torino, p. 122 ss.; segnala d'altra parte BRICCHETTI, *sub art. 648.ter.1*, in DOLCINI, GATTA (a cura di), *Cod. pen. commentato*, IV ed., Ipsoa, Milano, 2015, p. 1351, che però l'introduzione dell'autoriciclaggio sia sollecitata in alcuni report sull'Italia dell'OCSE e del FMI). L'opportunità (e la legittimità costituzionale) dell'incriminazione dell'autoriciclaggio, di conseguenza, dipende essenzialmente dal riconoscimento di una dimensione lesiva ulteriore ed autonoma rispetto a quelle sopra citate, con parti-

colare riguardo al bene giuridico dell'**ordine economico**, specialmente nell'ottica della **libera concorrenza**, cui tali condotte possono recare pregiudizio. Si tratta, in effetti, di una proiezione offensiva che già emerge all'art. 648-bis c.p. (v. *supra*, Art. 648-bis, § 2) e che è stata progressivamente valorizzata per giustificare la legittimità costituzionale della punibilità della condotta autoriciclatoria dato che in questa prospettiva, effettivamente, il disvalore della medesima non risulterebbe completamente assorbito in quello del reato presupposto e non sarebbe possibile configurarla come *post factum* non punibile (in dottrina, aperture in questo senso, non senza importanti differenze di apprezzamento, si possono registrare nelle considerazioni di ANGELINI, *Il reato di riciclaggio*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 93 ss.; FAIELLA, *Riciclaggio e crimine organizzato transnazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 281 ss.; NADDEO, MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un "privilegio" matematicamente sostenibile*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 337 ss.; DELL'OSSO, *Riciclaggio e concorso nel reato presupposto: difficoltà di inquadramento dogmatico ed esigenze di intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1284 ss.; PLANTAMURA, *Riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, e confisca (artt. 648 bis, 648 ter e 648 quater)*, *Trattato dir. pen.*, a cura di CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, vol. X, Utet, Torino, 2011, p. 894 ss.; dopo l'introduzione della disposizione in commento, v. anche DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 800 ss.; BRICCHETTI, *Riciclaggio e auto-riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 684 ss.; BRICCHETTI, *sub art. 648.ter.1*, cit., p. 1348 ss.; GULLO, *Autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, p. 2 ss.; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 111 ss.; MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, in *Diritto penale – Lineamenti di parte speciale*, VII ed., Monduzzi, Bologna, 2016, p. 871; M. LANZI, *La difficile individuazione dei limiti applicativi dell'autoriciclaggio: il bene giuridico, il tempo e l'oggetto*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 512). Se questo è vero, allora, si può già anticipare che la formulazione della norma in commento desta qualche perplessità per aver focalizzato il carattere pregiudizievole della condotta rispetto all'identificazione dell'origine illecita del bene (che dovrebbe rientrare nella libertà di "autodifesa" del reo) anziché rispetto all'alterazione della concorrenza e dell'economia pubblica (si tratta di un aspetto puntualmente rilevato in alcuni primi commenti: BRICCHETTI, *sub art. 648.ter.1*, cit., p. 1352; DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 806; MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., p. 872 e 877; prospettando una diversa linea di pensiero, osserva invece PENCO, *Il nuovo reato di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 387, che tale soluzione potrebbe comunque essere coerente con una considerazione dell'amministrazione della giustizia come bene-mezzo rispetto al bene-fine), tale da rendere la fattispecie ibrida (GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 7), mentre maggiormente in linea con la ratio dell'incriminazione (e con la logica del **ne bis in idem**) risulta la non punibilità della mera utilizzazione o godimento personale. Proprio la necessità di una maggiore "orditura del tipo", in effetti, ha portato il legislatore, diversamente da quanto prospettato nei precedenti disegni di



riforma, a non intervenire sul testo dell'art. 648-bis c.p., sopprimendo la clausola di riserva, bensì ad introdurre **autonoma fattispecie** (su tale scelta, utilizzando i termini virgolettati, v. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, cit., p. 542), così però sollevando diverse perplessità circa la disciplina applicabile al concorrente esterno nella condotta di autoriciclaggio (v. *infra*, § 3.1). Inoltre, si deve anche osservare che nell'incriminazione del riciclaggio la logica di tutela dell'ordine economico non risulta esclusiva, bensì si sovrappone alle altre sopra citate in una dimensione plurioffensiva che ne giustifica il rigoroso trattamento sanzionatorio, mentre la repressione dell'autoriciclaggio dovrebbe considerare soltanto la proiezione lesiva nei confronti dell'ordine economico (v. ancora MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., p. 871), cosicché sembra corretta la scelta del legislatore di prevedere una **pena inferiore** per il delitto in commento (con soluzione che era emersa anche nella proposta del Ministero della giustizia del 10.6.2013, c.d. Progetto Fiandaca; *contra* D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.)*, ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori "più che abili", in BACCARI, LA REGINA, MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Wolters Kluwer, Padova, 2015, p. 12, secondo cui dato che l'offesa all'ordine economico è la medesima delle condotte di riciclaggio, e ciò consente di superare i profili di tensione con il *ne bis in idem*, la pena dovrebbe essere uguale, com'era previsto nella proposta del Ministero della giustizia del 23.4.2013, c.d. progetto Greco; sul punto, v. anche BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, in MEZZETTI, PIVA (a cura di), *Punire l'autoriciclaggio*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 35, il quale parla invece di minore colpevolezza del reo anziché di minore offensività della condotta).

**2. Segue. Alcune ricadute applicative dell'autonomia offensiva** – Il tema dell'autonomia lesiva della condotta di autoriciclaggio rispetto al reato presupposto, come accennato, sottende diverse questioni applicative che si sono affacciate in dottrina e giurisprudenza a seguito dell'introduzione della disposizione in commento. Ad esempio, inevitabilmente, è emerso fin da subito il problema dell'**applicabilità della fattispecie anche rispetto a condotte** (successive all'entrata in vigore della norma ma) **aventi ad oggetto proventi di reati commessi anteriormente**. La tesi negativa, in effetti, fa leva proprio sulla concezione dell'autoriciclaggio come "naturale prosecuzione" della precedente attività illecita (in questo senso, parla di "frammento di condotta tipica" BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 90 ss.), mentre la qualificazione della medesima come mero "presupposto fattuale", avulso dalla dimensione lesiva della condotta sanzionata dall'art. 648-ter.1 c.p., ne consentirebbe la configurabilità anche rispetto a proventi di attività illecite anteriori all'entrata in vigore della l. n. 186/2014, secondo una tesi che risulta prevalente in dottrina (GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 14; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 118; PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio: la fine di privilegi o la violazione di principi?*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 62 s.) e che è stata recepita nelle prime applica-

zioni giurisprudenziali (v. in particolare Cass. 15.12.2015 n. 3691, in cui si osserva che «impropriamente viene invocato il principio di irretroattività della legge penale in relazione a un reato quale quello di autoriciclaggio, nel quale soltanto il reato presupposto si assuma commesso in epoca antecedente l'entrata in vigore della norma incriminatrice, ma quando comunque lo stesso reato era già previsto come tale dalla legge, mentre l'elemento materiale del reato di cui all'art. 648-ter.1 c.p. risulti comunque posto in essere successivamente all'introduzione della predetta normativa»). In termini simili, peraltro, si articola il **dibattito circa i presupposti della responsabilità degli enti derivante dal reato di autoriciclaggio** – espressamente prevista dall'art. 25-octies del d.lgs. n. 231/2001, introdotto dall'art. 3 della l. n. 186/2014 – dato che la tesi secondo cui occorrerebbe una "doppia legalità" (per cui dovrebbe rientrare tra i reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001 anche il delitto produttore) muove proprio dalla considerazione dello stretto legame tra autoriciclaggio e vicenda antecedente (ROSSI, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 124 ss.; PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente*, cit., p. 553; D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 46 s.; DE RUBEIS, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*, in *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, a cura di GULLO, MAZZACUVA, Cacucci, Bari, 2016, p. 80 ss.; il problema è segnalato, peraltro, anche nella circolare di Confindustria 15.6.2015 n. 19867), mentre non riscontrano una reale "breccia" nel principio di tassatività dei reati presupposto della responsabilità degli enti coloro che inquadrano, per l'appunto, il delitto produttore come mero presupposto di fatto dell'autoriciclaggio (GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 13; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 122 s.; IELO, *Autoriciclaggio e responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Punire l'autoriciclaggio*, a cura di MEZZETTI, PIVA, Giappichelli, 2016, p. 44; PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio*, cit., p. 68 s.).

### 3. Fatto tipico

**3.1. Soggetto attivo** – In maniera "simmetrica" rispetto a quanto previsto dagli articoli precedenti, il soggetto attivo viene circoscritto a **colui che ha commesso o concorso a commettere il delitto** non colposo che ha originato i proventi oggetto della condotta (il che ha portato i primi commentatori a qualificare la fattispecie come reato proprio, per quanto non collegato ad una funzione o ad uno status: BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1352; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 119). In proposito, si deve sottolineare che la dottrina ha già avuto modo di sottolineare che la scelta del legislatore di affiancare un'apposita fattispecie all'art. 648-bis c.p. potrebbe comportare l'effetto non voluto e quasi paradossale della non applicabilità di quest'ultima disposizione al riciclatore esterno che, come spesso avviene, agisce in concorso materiale o morale con l'autore del reato presupposto. Infatti, in questo caso, potrebbe configurarsi una responsabilità di tale soggetto ai sensi degli artt. 110 e 648-ter.1 c.p., anche in virtù di quanto disposto dall'art. 117 c.p., così da mettere fuori gioco l'art. 648-bis c.p. che, co-



me detto, tuttora esordisce con la clausola di riserva “fuori dei casi di concorso nel reato” (il problema è stato approfondito in diversi commenti: v. ad esempio le considerazioni di BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, cit., p. 22 ss., che parla di “gaffe legislativa”; CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all’ombra del “vicino ingombrante”*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2015, p. 104 ss.; APOLLONIO, *Condotta dell’autoriciclatore e interazioni con gli artt. 416 bis e 648 bis c.p.: problemi concorsuali e soluzioni esegetiche*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2016, p. 20 ss.; TRAPASSO, *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, Jovene, Napoli, 2017, p. 51 ss.; PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell’ente*, cit., p. 547 ss.; PIVA, *Il volto oscuro dell’autoriciclaggio*, cit., p. 66 s.; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 119 ss.; GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 12; DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 812 ss.; D’ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 38 ss.).

**3.2. Condotte incriminate** – La descrizione delle condotte tipiche rappresenta una sorta di “fusione” (in questi termini MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., p. 872) dei precedenti artt. 648-bis e 648-ter: dal primo, infatti, sono riprese le nozioni di **trasferimento** e di **sostituzione**, mentre dal secondo vengono mutuati i concetti di **impiego** e di **attività economiche e finanziarie** che rappresentano il contesto nel quale vengono realizzati di tali comportamenti, qui integrato con un riferimento a quelle **imprenditoriali e speculative** (formulazione ritenuta ridondante rispetto alla generalità della qualificazione economica, tra i tanti, da CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 100, e MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 116, anche se il secondo termine può essere utile a precisare come rilevino anche utilizzi in settori non caratterizzati dalla produzione o dallo scambio di beni). Una nota differenziale concerne la qualificazione delle condotte (si deve ritenere non soltanto quella di impiego, come sottolineato da GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 7, e PIVA, *Il volto oscuro dell’autoriciclaggio*, cit., p. 63), poiché in questo caso il legislatore si è curato di precisare che esse devono essere realizzate in modo da ostacolare **“concretamente”** l’identificazione della provenienza delittuosa dei beni. Si tratta di espressione con cui il legislatore ha tentato, probabilmente in modo apprezzabile, di circoscrivere l’ampiezza della fattispecie ma che, oltre ad essere non del tutto in linea con la proiezione lesiva della stessa (v. *supra*, § 1), non pare neanche risolutiva rispetto ai dubbi sorti circa la struttura del riciclaggio come reato di mera condotta (di pericolo) o reato di evento (di danno), dato che la concretezza può caratterizzare entrambe le soluzioni. Tale formulazione, d’altra parte, autorizza a respingere quelle interpretazioni giurisprudenziali secondo cui il riciclaggio sarebbe integrato anche in ipotesi di deposito di somme contanti in banca o di semplice trasferimento tra conti correnti, ossia operazioni normalmente tracciabili (v. *supra*, art. 648-bis, § 3.2), come già puntualmente osservato nei primi commenti (BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1354; PENCO, *Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., p. 386 s.; D’AVIRRO, GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 141; CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 99; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul*

*delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 116; D’ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 20 s., il quale però nota l’effetto “boomerang” che si potrebbe avere sul terreno dell’art. 648-bis, sul quale certe interpretazioni potrebbero consolidarsi grazie all’argomento *ubi lex voluit dixit*). In effetti, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che non integra il delitto di autoriciclaggio il versamento del profitto di furto su conto corrente o su carta di credito prepagata, intestati allo stesso autore del reato presupposto, poiché da un lato tale deposito non può considerarsi come attività “economica” o “finanziaria” e, dall’altro, esso non costituisce comunque attività idonea ad occultare la provenienza delittuosa del denaro oggetto di profitto (Cass. 14.7.2016 n. 33074). Alla determinazione delle condotte punibili concorre inoltre la clausola “negativa” di cui al co. 4 che **esclude la punibilità della mera utilizzazione e del godimento personale**, la quale deve essere preferibilmente interpretata come riduttiva della tipicità (D’ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 24 ss.; DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 806; BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1354; CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 102; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 120 ss.) anziché come causa di non punibilità in senso stretto (in questo senso, invece, v. SGUBBI, *Il nuovo delitto di “autoriciclaggio”*, cit., p. 140 s.; TRAPASSO, *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, cit., 22 ss.; GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 8). Come già osservato, si tratta di soluzione che è effettivamente in linea con una prospettiva di tutela incentrata sulla concorrenza e sull’economia pubblica, il che permette di comprendere il motivo per cui il legislatore rinunci a reprimere condotte “edonistiche” (come le definisce, in senso critico, SGUBBI, *Il nuovo delitto di “autoriciclaggio”*, cit., p. 138). D’altra parte, oltre ad una certa indeterminatezza dei concetti di mera utilizzazione e di godimento personale, nei primi commenti è stata segnalata l’evidente ambiguità dell’espressione “fuori dai casi di cui ai commi precedenti” con cui esordisce il capoverso in parola la quale, stando alla *littera legis*, sembrerebbe precisare gli estremi delle condotte punibili descritte al co. 1 nel senso dell’alternatività (BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1355; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 120), ma che probabilmente dovrebbe essere piuttosto intesa come clausola limitativa “per sottrazione” delle stesse (in questo senso, parla di refuso del legislatore CARACCIOLI, *L’incerta definizione del reato di autoriciclaggio*, in *Il fisco*, cit., p. 356, sostenendo che l’espressione debba leggersi come “nei casi di cui ai commi precedenti”; nella stessa direzione, v. DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., p. 806).

**3.3. Momento consumativo e tentativo** – Quanto ai profili dell’individuazione del momento consumativo e dell’ammissibilità del tentativo, che dipendono evidentemente dall’alternativa tra la configurazione della fattispecie come reato di mera condotta o reato di evento, conviene rinviare a quanto già osservato a proposito del reato di riciclaggio (v. *supra*, Art. 648-bis, § 3.2).

**3.4. Oggetto materiale e concetto di provenienza** – Anche rispetto all’oggetto materiale della condotta, si potrebbe fare riferimento all’elaborazione di tale concetto maturata sul terreno degli artt. 648, 648-bis e 648-ter c.p. (e, in effetti, in questo senso si orientano alcuni primi commenti: v. BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1356), cosicché



esso finirebbe per abbracciare essenzialmente il novero dei proventi confiscabili (ossia prodotto, prezzo e profitto; v. *supra*, art. 648, § 2.4, e art. 648-bis, § 3.4). Tuttavia, le peculiarità della fattispecie sollecitano una riconsiderazione di tale aspetto, soprattutto alla luce dell'incontrollata dilatazione cui la nozione di profitto ha assistito nella recente giurisprudenza, tale da portarla ad includere "ogni utilità che il reo realizza anche come conseguenza indiretta o mediata della sua attività criminosa" (Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561) e, qualora sia costituito da denaro, "qualsiasi somma di cui il reo abbia comunque la disponibilità" (Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617), compresi i risparmi di spesa (Cass. S.U. 24.4.2014 n. 38343). Si tratta, a ben vedere, di interpretazioni spesso volte a consentire l'operatività della misura ablativa anche senza ricorrere alla confisca per equivalente (e, per questo, già discutibili in quel contesto) e che, con riguardo all'autoriciclaggio, finiscono per produrre conseguenze inaccettabili, poiché il reato tenderebbe a configurarsi con l'utilizzo di una qualsiasi disponibilità patrimoniale da parte di chi abbia previamente commesso un illecito generatore di profitti (si pensi all'esempio spesso citato del risparmio ottenuto mediante reato tributario che, per effetto della giurisprudenza citata, finisce per confondersi con l'intero patrimonio del reo marchiandolo come "illecito"). Se rispetto al riciclaggio ed al reimpiego tale dilatazione della nozione di provento può essere in qualche modo sdrammatizzata dalla necessità di provare il dolo del terzo riciclatore (difficilmente dimostrabile quando l'oggetto non è rappresentato dal provento diretto ed immediato del reato presupposto), si deve infatti sottolineare che rispetto al reato di autoriciclaggio questo argomento non è risolutivo, dato che tale consapevolezza è di fatto in *re ipsa*, essendo la condotta posta in essere dall'autore del reato presupposto (v. *infra*, § 4). Almeno su questo terreno, allora, sarebbe opportuna una riduzione ermeneutica del concetto di profitto (con riguardo ai reati tributari, v. CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 106; GUAZZARINI, MATTHEUDAKIS, *I rapporti tra i reati tributari e di contrabbando e la disciplina del riciclaggio e dell'autoriciclaggio*, in *Diritto penale dell'economia*, Utet, Torino, 2016, p. 1624 ss.; PIVA, *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio*, cit., p. 65; M. LANZI, *La difficile individuazione dei limiti applicativi dell'autoriciclaggio*, cit., p. 524 ss.; limitano la punibilità alle condotte aventi ad oggetto la specifica utilità ottenuta anche D'AVIRRO, GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, cit., p. 148 ss., ma secondo diversa argomentazione incentrata sul requisito dell'ostacolo concreto all'identificazione del bene), in modo da scongiurare un ruolo dell'art. 648-ter.1 c.p. come immane appendice sanzionatoria rispetto a qualsiasi illecito con finalità lucrativa (parla di "ingombrante compagno" SGUBBI, *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio"*, cit., p. 139).

**3.5. Rapporto con il reato presupposto** – In continuità con la generalizzazione che nel tempo si è affermata sul terreno del riciclaggio, anche in questo caso il legislatore non ha operato una selezione dei reati presupposto (essendo sufficiente che si tratti di delitti non colposi), con soluzione che non ha mancato di sollevare critiche in dottrina, appena citate, per la sua capacità di rendere l'autoriciclaggio un *pendant* sanzionatorio rispetto a qualsiasi illecito contro il patrimonio (v. *supra*, § 3.4). Peraltro, la stessa dottrina ha già avuto modo di interrogarsi, con qualche

perplessità, circa la possibilità di configurare un autoriciclaggio da autoriciclaggio (v. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 117; MANES, *Delitti contro il patrimonio mediante frode*, cit., p. 875; PIVA *Il volto oscuro dell'autoriciclaggio*, cit., p. 66). Sui profili dell'accertamento e della punibilità del reato presupposto, invece, si possono richiamare integralmente le considerazioni già svolte con riguardo al riciclaggio (v. *supra*, art. 648-bis, § 3.5).

**4. Elemento soggettivo** – L'elemento soggettivo è quello del **dolo generico**, cosicché è richiesta la rappresentazione della provenienza delittuosa del bene e la volontarietà della condotta. Con riguardo al primo aspetto, peraltro, risulta in qualche modo ridimensionato il problema della rilevanza del dolo eventuale (ossia del dubbio circa la provenienza illecita: v. *supra*, art. 648, § 3), essendo l'autore del reato colui che ha commesso anche il reato presupposto (GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 9). Sul punto, peraltro, è stato osservato come proprio la clausola che richiede un ostacolo concreto all'identificazione della provenienza delittuosa dei beni, dovendo il dolo coprire anche tale aspetto, costituirebbe argomento a favore dell'esclusione della punibilità del dolo eventuale (BRICCHETTI, *sub art. 648-ter.1*, cit., p. 1356), ma tale considerazione riguarda essenzialmente le modalità della condotta anziché il tema della rappresentazione dei suoi presupposti.

**5. Regime sanzionatorio, circostanze e confisca** – La pena prevista per l'autoriciclaggio è quella della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 ad euro 25.000, inferiore rispetto a quella prevista dall'art. 648-bis per le ragioni già segnalate (v. *supra*, § 1). Il capoverso della disposizione prevede la reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500, per le ipotesi in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Viene così replicata una soluzione che già caratterizza la disciplina del riciclaggio e rispetto alla quale, quindi, si possono richiamare le critiche dottrinali emerse nel tempo sul punto (*supra*, Art. 648-bis, § 5) e ribadite anche con riguardo alla disposizione in commento (v. CONSULICH, *La norma penale doppia*, cit., p. 55 ss., e GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 7, i quali notano come tale soluzione sia tra quelle sintomatiche di un ibridismo della fattispecie e di un'incapacità del legislatore di recidere definitivamente i legami con il reato presupposto). Peraltro, vista la formulazione differente rispetto all'art. 648-bis, la dottrina risulta divisa tra chi qualifica tale ipotesi come fattispecie di reato autonoma (PENCO, *Il nuovo reato di autoriciclaggio*, cit., p. 397; CAVALLINI, TROYER, *Apocalittici o integrati?*, cit., p. 99 ss.; MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 120) e chi, invece, preferisce ricondurla alla categoria delle attenuanti ad effetto speciale c.d. indipendenti, ossia collegate a specifica cornice sanzionatoria (D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 30 ss.; GULLO, *Autoriciclaggio*, cit., p. 10). Il co. 3 precisa, peraltro, che si applicano comunque le pene previste dal co. 1 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'art. 7 del d.l. 13.5.1991 n. 152 (c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa; in senso critico rispetto a tale



originale novità, v. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio*, cit., p. 33 s.). Il co. 5 dell'art. 648-ter.1 prevede un'aggravante ad effetto comune qualora il fatto sia commesso nell'**esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale**, evidentemente in ragione della maggiore portata offensiva di tale condotta. Il co. 6 della disposizione prevede un'**attenuante ad effetto speciale per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni**, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto, la quale risponde alla nota logica dei "ponti d'oro". Oltre alla generale applicabilità della confisca diretta, la l. n. 186/2014 ha modificato l'art. 648-*quater* c.p., inserendo l'autoriciclaggio tra i reati che consentono l'applicazione della **confisca per equivalente** e, successivamente, l'art. 5, d.lgs. n. 202/2016 ha previsto altresì l'applicabilità della c.d. **confisca "allargata"** prevista ora dall'art. 240-*bis* c.p. Sempre la l. n. 186/2014 ha provveduto ad inserire l'art. 25-*octies* nel d.lgs. n. 231/2001 con il quale viene incluso l'autoriciclaggio nel novero di reati da cui può scaturire la **responsabilità dell'ente** (sulle conseguenze in tema di predisposizione del modello organizzativo, v. in particolare IELO, *Autoriciclaggio e responsabilità dell'ente*, cit., p. 45 ss.). Come già osservato, peraltro, non mancano dubbi circa la possibilità di sanzionare l'ente anche qualora il reato presupposto dell'autoriciclaggio non rientri in tale elenco (v. *supra*, § 2). Vale inoltre la pena di segnalare come ci si potrebbe interrogare su se e come "recuperare" sul piano della responsabilità della persona giuridica la clausola di esclusione della punibilità delle condotte che costituiscono mera utilizzazione o godimento personale, pur trattandosi di operazione dogmatica complessa che dipende anche dalla concezione del rapporto tra l'illecito dell'ente e quello della persona fisica (sul punto, in chiave problematica, v. DE RUBEIS, *Autoriciclaggio e responsabilità degli enti*, cit., p. 86 ss.). Infine, si deve ricordare la causa di non punibilità prevista dall'art. 5-*quinquies*, co. 3, d.l. 167/1990, inserito dalla stessa l. n. 186/2014, limitatamente alle attività oggetto di collaborazione volontaria disciplinata dal precedente art. 5-*quater* (c.d. **voluntary disclosure**; sul punto, v. CORSO, *Il declino di un "privile-*

*gio": l'autoriciclaggio (anche da reato tributario) ha rilievo penale autonomo*, in *Corr. trib.* 2015, p. 162; D'ARCANGELO, *Gli effetti penali della voluntary disclosure e la responsabilità da reato degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2015, p. 18 s.).

**6. Rapporto con altre fattispecie** – Sul problema del rapporto con il reato di cui all'art. 648-*bis* nei casi di concorso del terzo nell'autoriciclaggio ci si è già soffermati (v. *supra*, § 3.1). Occorre ora considerare, invece, la relazione tra il reato in commento e quello di **trasferimento fraudolento di valori** previsto ora dall'art. 512-*bis* c.p. il quale, per lungo tempo, ha rappresentato l'unica ipotesi "speciale" di autoriciclaggio punibile (Cass. S.U. 27.2.2014 n. 25191; Cass. 5.10.2011 n. 39756; sul punto, v. BRICCHETTI, *Riciclaggio e auto-riciclaggio*, cit., p. 692 ss.; D'ARCANGELO, *Fondamento e limiti della non punibilità dell'autoriciclaggio*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 306 s.; TRAPASSO, *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, cit., p. 140 ss.). In questo senso, dopo l'introduzione dell'art. 648-*ter.1*, si potrebbe ipotizzare un concorso apparente tra norme alla luce della specialità descrittiva di quella di trasferimento fraudolento, soluzione che tuttavia deve fare i conti con la "specialità sanzionatoria" della disposizione in commento (che prevede una pena massima superiore). Forse anche per questa ragione, la giurisprudenza è giunta ad ammettere il concorso formale tra le due incriminazioni, sostenendo che la condotta di autoriciclaggio non presuppone e non implica che l'autore di essa ponga in essere anche un trasferimento fittizio ad un terzo dei cespiti rivenienti dal reato presupposto, la quale rappresenterebbe un fatto autonomo ed ulteriore tale da escludere il concorso apparente di norme (Cass. 12.1.2017 n. 3935; in senso critico, con osservazioni che si possono condividere, v. PALAZZI, *I rapporti tra il delitto di autoriciclaggio e quello di trasferimento fraudolento di valori*, in *Punire l'autoriciclaggio*, a cura di MEZZETTI, PIVA, Giappichelli, Torino, 2016, p. 72 ss.). In dottrina si è anche osservata una possibile interferenza con il reato di **favoreggiamento reale** previsto dall'art. 379 c.p. che potrebbe limitare l'applicazione della norma in commento salvo ricorrere a soluzioni correttive sul piano esegetico (v. ancora TRAPASSO, *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, cit., p. 200 s.).

[www.spazioquaglia.it](http://www.spazioquaglia.it)

Libreria Quaglia s.a.s. C.so di Porta Vittoria 28, angolo V. Manara 1 - 20122 MILANO

Tel. 02 54108547 E-mail [libreriaquaglia@spazioquaglia.it](mailto:libreriaquaglia@spazioquaglia.it) P. IVA 11194640154

