

vedova di un paziente deceduto, per arresto cardiaco, in seguito ad un intervento chirurgico di asportazione della prostata cui era seguita un'emorragia, sul rilievo che la mancata dimostrazione, da parte dell'attrice, della riconducibilità eziologica dell'arresto cardiaco all'intervento chirurgico e all'emorragia insorta, escludeva in radice la configurabilità di un onere probatorio in capo alla struttura). *Cass. 26 luglio 2017, n. 18392*, conforme *Cass. 14 novembre 2017 n. 2682*; *Cass. 2 marzo 2018, n. 4928*, *Cass. 19 luglio 2018, n. 19204*.

1219. Costituzione in mora.

Il debitore [1208, 1220] è costituito in mora [2943] mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto [1308; disp. att. 160].

Non è necessaria la costituzione in mora:

- 1) quando il debito deriva da fatto illecito [2043 ss.];
- 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non voler eseguire l'obbligazione [1460];
- 3) quando è scaduto il termine [1183, 1184], se la prestazione deve essere eseguita al domicilio [43] del creditore [1182]. Se il termine scade dopo la morte del debitore, gli eredi non sono costituiti in mora che mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto, e decorsi otto giorni dall'intimazione o dalla richiesta [c.p.c. 429 comma 3].

1220. Offerta non formale.

Il debitore non può essere considerato in mora, se tempestivamente ha fatto offerta della prestazione dovuta anche senza osservare le forme indicate nella sezione III del precedente capo [1208], a meno che il creditore l'abbia rifiutata per un motivo legittimo [1181].

1221. Effetti della mora sul rischio.

Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile [1218, 1256], se non prova [2697] che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore [1805].

In qualunque modo sia perita o smarrita [1257] una cosa illecitamente sottratta, la perdita di essa non libera chi l'ha sottratta dall'obbligo di restituirla il valore.

1222. Inadempimento di obbligazioni negative.

Le disposizioni sulla mora [1219 ss.] non si applicano alle obbligazioni di non fare; ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento.

1223. Risarcimento del danno.

Il risarcimento del danno per l'inadempimento [2057] o per il ritardo [1218 ss.] deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno [2056 comma 2], in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta [1225, 1226, 1382, 1479 comma 2, 1515, 1516, 1518, 1589, 1591, 1696, 1905, 2030, comma 2, 2056].

1. La *compensatio lucri cum damno*: nozione; 1.1. Ambito di applicazione; **1.1.1.** Coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio; **1.1.2.** Divergenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge a erogare il beneficio. Il chiarimento delle Sezioni Unite; **1.1.3.** Dall'ammontare dei danni risarcibili dal danneggiante deve essere detratta l'indennità

assicurativa derivante dall'assicurazione contro i danni che il danneggiato abbia percepito in conseguenza del fatto illecito? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite; **1.1.4.** Dal risarcimento dei danni da sinistro stradale, qualificato come infortunio in itinere, deve essere o meno detratta la rendita INAIL per l'inabilità permanente corrisposta al danneggiato? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite; **1.1.5.** Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita naturale durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento erogata al minore dall'Inps? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite; **1.1.6.** Il danno patrimoniale patito dal coniuge di persona deceduta, consistente nella perdita dell'aiuto economico offerto dal defunto, deve essere liquidato detraendo dal credito risarcitorio il valore capitalizzato della pensione di reversibilità accordata al superstite dall'Istituto nazionale della previdenza sociale? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite; **2. Nesso eziologico.** Rapporti tra causalità penale e causalità civile; **3. Singole fattispecie; 3.1.** Il danno da perdita di *chance*; **3.1.1.** La *chance* attiene all'accertamento del nesso di causalità o costituisce una posta risarcibile e presuppone, pertanto, già avvenuto l'accertamento del nesso eziologico secondo il tradizionale criterio civilistico del "più probabile che non"? Contrasto giurisprudenziale; **3.1.2.** Perdita di *chance* nell'ambito dell'attività medica: in caso di negligenza medica è risarcibile la privazione della minor durata della vita? Contrasto giurisprudenziale; **3.2.** Applicazioni in campo medico.

1. La *compensatio lucri cum damno*: nozione.

L'esistenza dell'istituto della *compensatio*, inteso come regola di evidenza operativa per la stima e la liquidazione del danno, trova il proprio **fondamento nella idea del danno risarcibile quale risultato di una valutazione globale degli effetti prodotti dall'atto dannoso. Se l'atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio**, quest'ultimo deve essere **calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento**: infatti, **il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso o condurre a sua volta ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato**. Questo **principio è desumibile dall'art. 1223 c.c.**, il quale stabilisce che il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita dal danneggiato come il mancato guadagno, in quanto siano conseguenza immediata e diretta del fatto illecito. Tale norma implica, in linea logica, che l'accertamento conclusivo degli effetti pregiudizievoli tenga anche conto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica. **Se così non fosse** – se, cioè, nella fase di valutazione delle conseguenze economiche negative, dirette ed immediate, dell'illecito non si considerassero anche le poste positive derivate dal fatto dannoso – **il danneggiato ne trarrebbe un ingiusto profitto, oltre i limiti del risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico**. In altri termini, **il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato**, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: **come l'ammontare del risarcimento non può supe-**

rare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento. *Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.*

1.1. Ambito di applicazione.

1.1.1. Coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio.

La presenza di un'unica condotta responsabile, che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito in capo al medesimo soggetto derivanti da titoli diversi aventi la medesima finalità compensativa del pregiudizio subito dallo stesso bene giuridico protetto, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio sostanzialmente unitario che giustifica, in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario. *Cons. Stato, Ad. plen. 23 febbraio 2018, n. 1.*

1.1.2. Divergenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio. Il chiarimento delle Sezioni Unite.

a) Primo orientamento.

In presenza di una duplicità di posizioni pretensive di un soggetto verso due soggetti diversi tenuti, ciascuno, in base ad un differente titolo, vale la soluzione del cumulo del vantaggio conseguente all'illecito, non quella del diffalco. La compensatio è operante solo quando il pregiudizio e l'incremento discendano entrambi, con rapporto immediato e diretto, dallo stesso fatto, sicché se ad alleviare le conseguenze dannose subentra un beneficio che trae origine da un titolo diverso ed indipendente dal fatto illecito generatore di danno, di tale beneficio non può tenersi conto nella liquidazione del danno, profilandosi in tal caso un rapporto di mera occasionalità che non può giustificare alcun diffalco. In altri termini, la detrazione può trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti; essa invece non opera quando il vantaggio derivi da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione perché il diverso titolo spieghi la sua efficacia. La **diversità dei titoli delle obbligazioni** – il fatto illecito, da un lato; la norma di legge (ad esempio, nel caso di percezione di benefici da parte di enti previdenziali, assicuratori sociali, pubbliche amministrazioni) o il contratto (ad esempio, nel caso di percezione di indennizzi assicurativi), dall'altro – costituisce una **idonea causa di giustificazione delle differenti attribuzioni patrimoniali**: conseguentemente, **la condotta illecita rappresenta, non la causa del beneficio collaterale, ma la mera occasione di esso**. ex pluris *Cass., sez. III, 15 aprile 1993, n. 4475; Cass., sez. III, 28 luglio 2005, n. 15822.*

b) La posizione delle Sezioni Unite

La determinazione del vantaggio computabile ai fini dell'operatività della **compensatio lucri cum damno** ri-

chiede che il vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito: sicché in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato. La prospettiva non è quindi quella della coincidenza formale dei titoli, ma quella del collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria. Così, nel caso di assicurazione sulla vita, l'indennità si cumula con il risarcimento, perché si è di fronte ad una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato sopportando l'onere dei premi, e l'indennità, vera e propria contropartita di quei premi, svolge una funzione diversa da quella risarcitoria ed è corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante. *Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567* (per le ipotesi di indennità derivanti da assicurazione privata per la responsabilità, indennità di accompagnamento e rendita Inail si veda giurisprudenza sub parr.5.13. e segg.).

Non possono rientrare nel raggio di operatività della compensatio i casi in cui il vantaggio si presenta come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, come avviene nell'ipotesi della nuova prestazione lavorativa da parte del superstita, prima non occupato, in conseguenza della morte del coniuge. Allo stesso modo, nel determinare il risarcimento del danno, **non sono computabili gli effetti favorevoli derivanti dall'acquisto dell'eredità da parte degli eredi della vittima**: la successione ereditaria, infatti, è legata non già al fatto di quella morte, bensì al fatto della morte in generale, che si sarebbe verificata (anche se in un momento successivo) in ogni caso, a prescindere dall'illecito. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12565, 12566, 12567.*

La determinazione del vantaggio computabile ai fini dell'operatività della **compensatio lucri cum damno** richiede di accertare se l'ordinamento abbia coordinato le diverse risposte istituzionali, del danno da una parte e del beneficio dall'altra, prevedendo un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito. Solo attraverso la predisposizione di quel meccanismo, teso ad assicurare che il danneggiante rimanga esposto all'azione di "recupero" ad opera del terzo da cui il danneggiato ha ricevuto il beneficio collaterale, potrà aversi detrazione della posta positiva dal risarcimento. Se così non fosse, se cioè il responsabile dell'illecito, attraverso il non-cumulo, potesse vedere alleggerita la propria posizione debitoria per il solo fatto che il danneggiato ha ricevuto, in connessione con l'evento dannoso, una provvidenza indennitaria grazie all'intervento del terzo, e ciò anche quando difetti la previsione di uno strumento di riequilibrio e di riallineamento delle poste, si avrebbe una sofferenza del sistema, finendosi con il premiare, senza merito specifico, chi si è comportato in modo negligente. Non corrisponde infatti al principio di razionalità-eguità, e non è coerente con la poliedricità delle funzioni della responsabilità civile, che la sottrazione del vantaggio sia consentita in tutte quelle vicende in cui l'elisione del danno con il beneficio pubblico o privato corrisposto al danneggiato a seguito del fatto illecito finisca per avvantaggiare esclusivamente il danneggiante, apparendo preferi-

bile in tali evenienze favorire chi senza colpa ha subito l'illecito rispetto a chi colpevolmente lo ha causato. **Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567.**

1.1.3. Dall'ammontare dei danni risarcibili dal danneggiante deve essere detratta l'indennità assicurativa derivante dall'assicurazione contro i danni che il danneggiato abbia percepito in conseguenza del fatto illecito? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite.

a) Primo orientamento.

Indennità assicurativa e risarcimento del danno sono cumulabili se l'assicuratore non esercita la surrogazione: poiché la surrogazione ai sensi dell'art. 1916 c.c. non è un effetto automatico del pagamento dell'indennità, ma una facoltà il cui esercizio dipende dall'assicuratore, qualora costui non si avvalga di tale facoltà, il danneggiato può agire per il risarcimento del danno nei confronti del terzo responsabile senza che questi, estraneo al rapporto di assicurazione, possa opporgli l'avvenuta riscossione dell'indennità assicurativa. Il meccanismo surrogatorio ex art. 1916 c.c. – peculiare forma di successione a titolo particolare e di carattere derivativo dell'assicuratore nel diritto di credito del danneggiato –, infatti non opera automaticamente, cioè come conseguenza del fatto puro e semplice del pagamento dell'indennità assicurativa, ma solo se e nel momento in cui l'assicuratore, dopo averla corrisposta all'assicurato-danneggiato ed avvalendosi della facoltà concessagli dal codice, comunica al terzo responsabile del danno l'avvenuta soluzione e manifesta contestualmente la volontà di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il terzo, al fine appunto di rivalersi su questo della somma pagata a quello. Prima della comunicazione al responsabile del danno, da parte dell'assicuratore, della volontà di avvalersi del diritto di surrogazione, non si verifica, per effetto della corresponsione dell'indennità, alcuna sostituzione nel diritto di credito del danneggiato, il quale, ancorché abbia già riscosso l'indennizzo, può dunque agire nei confronti del responsabile del danno e per il ristoro integrale di esso. Soltanto se l'assicurato si avvale della facoltà di surrogarsi nei diritti del danneggiato si ha la conseguenza che, da tale momento e per la somma corrispondente alla riscossa indennità, l'assicurato non è più legittimato a pretendere dal terzo il risarcimento del danno, essendosi la relativa legittimazione trasferita, nei limiti derivanti dalla surrogazione, all'assicuratore. Pertanto, **il cumulo di indennizzo e risarcimento non è precluso dal principio della compensatio lucri cum danno, destinato a trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti, e, quindi, non operante allorché l'assicurato riceva dall'assicuratore contro i danni il relativo indennizzo a causa del fatto illecito del terzo.** Tale prestazione ripete infatti la sua fonte e la sua ragione giuridica dal contratto di assicurazione e cioè da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione perché questo titolo spieghi la sua efficacia, senza che il correlativo effetto di incremento patrimoniale eventualmente conseguito dall'assicurato possa incidere sul quantum del risarcimento dovuto dal danneggiante. **Cass. 23 ottobre 1954, n. 4019; Cass. 29 marzo 1968, n. 971; Cass. 7 aprile**

1970, n. 961; Cass. 8 settembre 1970, n. 1347; Cass. 9 dicembre 1971, n. 3562; Cass. 21 agosto 1985, n. 4473; Cass. 26 febbraio 1988, n. 2051; Cass. 10 febbraio 1999, n. 1135; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19766; Cass. Sez. Un. 13 marzo 1987, n. 2639.

b) Secondo orientamento.

Indennità assicurativa e risarcimento del danno assolvono ad un'identica funzione risarcitoria e non possono cumulativamente convivere: la percezione dell'indennizzo, da parte del danneggiato, **elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante**, che pertanto si estingue e non può essere più preteso, né azionato. Come l'assicuratore può legittimamente rifiutare il pagamento dell'indennizzo ove l'assicurato abbia già ottenuto l'integrale risarcimento del danno dal responsabile, così il responsabile del danno può legittimamente rifiutare il pagamento del risarcimento allorché l'assicurato abbia già ottenuto il pagamento dell'indennità dal proprio assicuratore privato contro i danni. La **diversità dei titoli** in base ai quali l'assicurato-danneggiato può vantare da un lato l'indennizzo e dall'altro il risarcimento, **non consente di superare il principio indennitario**, e dal rilievo che con il cumulo di indennizzo e risarcimento, non giustificato dal pagamento del premio, l'assicurato verrebbe ad avere un interesse positivo all'avverarsi del sinistro. Per effetto del pagamento dell'indennizzo assicurativo, il diritto al risarcimento si trasferisce dall'assicurato-danneggiato all'assicuratore, con la conseguenza che, a seguito della surrogazione, l'assicurato non è più titolare del credito risarcitorio e non può esigerne il pagamento dal terzo danneggiante. **Cass. 11 giugno 2014, n. 13233.**

L'impossibilità, per l'assicurato, di **cumulare indennizzo e risarcimento poggia sul principio di integralità del risarcimento**, in virtù del quale **il danneggiato non può, dopo il risarcimento, trovarsi in una condizione patrimoniale più favorevole rispetto a quella in cui si trovava prima di restare vittima del fatto illecito**: sicché, nell'ipotesi in cui il danneggiato percepisca l'indennizzo assicurativo prima del risarcimento del danno, l'obbligo risarcitorio del terzo responsabile viene meno in quanto l'intervento dell'assicuratore ha eliso (in tutto o in parte) il pregiudizio patito dal danneggiato stesso, e non si può pretendere il risarcimento di un danno che non c'è più. La surrogazione dell'assicuratore non interferisce in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno, e quindi con il principio indennitario: abbia o non abbia l'assicuratore rinunciato alla surroga, non può essere risarcito il danno inesistente ab origine o non più esistente, ed il danno indennizzato dall'assicuratore è un danno che ha cessato di esistere dal punto di vista giuridico dal momento in cui la vittima ha percepito l'indennizzo e fino all'ammontare di questo. **Cass. 11 giugno 2014, n. 13233.**

c) La soluzione delle Sezioni Unite.

Non si condivide l'orientamento che ammette la cumulabilità, in capo all'assicurato che ha riscosso l'indennità dalla propria **compagnia assicurativa**, dell'intero ammontare del risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile, e secondo il quale per perfezionare la vicenda successoria della surrogazione e sancire la perdita del diritto al risarcimento in capo all'assicurato, non basta il fatto oggettivo del pagamento dell'indennità, ma

deve ricorrere anche il presupposto soggettivo della comunicazione, indirizzata dall'assicuratore al terzo responsabile, di avere pagato e di volersi surrogare al proprio assicurato. Secondo l'indirizzo illustrato, la surrogazione opererebbe solo se e nel momento in cui l'assicuratore comunichi al terzo responsabile l'avvenuta solutio e manifesti contestualmente la volontà di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il medesimo terzo, al fine appunto di rivalersi su questo della somma pagata a quello. Tale prospettazione non può essere condivisa in quanto **l'art. 1916 c.c., comma 1**, nel disporre che "l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili", **collega infatti il prodursi della vicenda successoria, automaticamente, al pagamento dell'indennità assicurativa**. Come emerge dal chiaro tenore testuale della disposizione, **il codice condiziona il subingresso al semplice fatto del pagamento dell'indennità per quel danno di cui è responsabile il terzo, senza richiedere, a tal fine, la previa comunicazione** da parte dell'assicuratore della sua intenzione di succedere nei diritti dell'assicurato verso il terzo responsabile. Questa interpretazione è confermata dall'analisi dell'art. 1203 c.c., il quale, attraverso l'ampio rinvio del n. 5 ("negli altri casi stabiliti dalla legge"), è suscettibile di comprendere nell'ambito della surrogazione legale, operante di diritto, anche questa peculiare di successione a titolo particolare nel credito, nella quale la prestazione dell'assicuratore è diretta ad estinguere un rapporto diverso da quello surrogato. E si tratta di **soluzione maggiormente in linea con la ratio della surrogazione dell'assicuratore**, essendo ragionevole ritenere che, attraverso l'automaticità, il legislatore, in ossequio al principio indennitario, abbia voluto impedire proprio la possibilità per l'assicurato-danneggiato, una volta ricevuto l'indennizzo dall'assicuratore, di agire per l'intero nei confronti del terzo responsabile; laddove questo principio verrebbe incrinato se l'inerzia dell'assicuratore bastasse a determinare la permanenza, nell'assicurato indennizzato, della titolarità del credito di risarcimento nei confronti del terzo anche per la parte corrispondente alla riscossa indennità, consentendogli di reclamare un risarcimento superiore al danno effettivamente sofferto. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12565*.

Non si condivide l'orientamento che ammette la cumulabilità, in capo all'assicurato che ha riscosso l'indennità dalla propria compagnia assicurativa, dell'intero ammontare del risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile, in ragione del rapporto oneroso di assicurazione, essendo irragionevole trattare allo stesso modo, sul piano risarcitorio, chi abbia e chi non abbia stipulato un rapporto assicurativo, con relativi oneri di pagamento del premio. Tale tesi non può essere condivisa, in quanto **nella assicurazione contro i danni la prestazione dell'indennità non è in rapporto di sinallagmaticità funzionale con la corresponsione dei premi da parte dell'assicurato**, essendo l'obbligo fondamentale dell'assicuratore quello dell'assunzione e della sopportazione del rischio a fronte della obiettiva incertezza circa il verificarsi del sinistro e la solvibilità del terzo responsabile. **Il pagamento dei premi, in altri termini, è in sinallagma con il trasferimento del rischio, non con il pagamento dell'indennizzo**. D'altra parte, se davvero l'indennità costituisse il corrispettivo del versamento all'assicuratore di regolari pre-

mi, si dovrebbe anche ammettere che, avvenuto il sinistro, l'assicurato abbia comunque titolo a reclamare l'indennità, pur quando il danno sia stato integralmente risarcito dal terzo responsabile: soluzione, questa, evidentemente non sostenibile, posto che nel caso di danno già risarcito dal terzo cessa l'obbligo di indennizzo dell'assicuratore. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12565*.

La non cumulabilità tra indennità assicurativa e intero risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile è confermata dall'art. 1589 c.c. Nel caso in cui il locatore è assicurato per l'incendio della casa locata, tale disposizione limita infatti la responsabilità del conduttore verso il locatore "alla differenza tra l'indennizzo corrisposto dall'assicuratore e il danno effettivo", facendo "salve in ogni caso le norme concernenti il diritto di surrogazione dell'assicuratore": ne consegue che il locatore, una volta ricevuto l'indennizzo dal proprio assicuratore, non può agire contro il conduttore responsabile dell'incendio se non per la differenza, ma il conduttore non è affatto liberato perché egli, in forza della disciplina sulla surrogazione, dovrà prestare il risarcimento all'assicuratore e non al locatore. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12565*.

Il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità assicurativa derivante da assicurazione contro i danni che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12565*.

1.1.4. Dal risarcimento dei danni da sinistro stradale, qualificato come infortunio in itinere, deve essere o meno detratta la rendita INAIL per l'inaltibilità permanente corrisposta al danneggiato? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite.

a) Primo orientamento.

La costituzione, da parte dell'assicuratore sociale, di una rendita in favore dei prossimi congiunti di persona deceduta in conseguenza di un sinistro stradale in itinere, non esclude né riduce in alcun modo il loro diritto al risarcimento del danno patrimoniale nei confronti del responsabile, non operando in tale ipotesi il principio della *compensatio lucri cum damno*, a causa della diversità del titolo giustificativo della rendita rispetto a quello del risarcimento. Per cui non sussiste alcuna duplicazione del danno ai sensi dell'art. 1916 c.c., che concerne il diritto di surrogazione dell'assicuratore verso il responsabile, e non già il diritto del medesimo di eccepire il pagamento del terzo assicuratore sociale come fatto estintivo o compensativo del proprio debito. *Cass. 15 ottobre 2009, n. 21897*.

b) Secondo orientamento.

Le somme liquidate dall'INAIL in favore del danneggiato da sinistro stradale a titolo di rendita vanno detratte, in base al principio indennitario, dall'ammontare del risarcimento dovuto al danneggiato da parte del terzo responsabile. Ciò in quanto il valore capitale della rendita INAIL corrisponde a valore patrimoniale già risarcito, non ulteriormente computabile a favore del danneggiato, onde evitare duplicazioni di risarcimento sia in favore del danneggiato che a carico del responsabile o del suo assicuratore; nelle assicurazioni sociali, quando l'istituto comunica al terzo responsabile che il caso è sta-

to ammesso all'assistenza prevista dalla legge ed agli indennizzi e lo preavverte della volontà di esercitare il diritto di surroga, la certezza e l'automatismo delle successive prestazioni sono elementi sufficienti per integrare i presupposti richiesti dall'art. 1916 c.c., e determinano l'impossibilità, per il terzo responsabile, di opporre eventuali successivi accordi intervenuti con il danneggiato; in caso di esercizio da parte dell'INAIL dell'azione di surroga (che rappresenta una peculiare forma di successione a titolo particolare nel diritto di credito del danneggiato) nei confronti del responsabile del danno, il credito del lesso si trasferisce all'istituto previdenziale per la quota corrispondente all'indennizzo assicurativo da questo corrisposto, con la conseguenza che l'infortunato perde, entro tale limite, la legittimazione all'azione risarcitoria, conservando il diritto ad ottenere nei confronti del responsabile il residuo risarcimento ove il danno sia solo in parte coperto dalla detta prestazione assicurativa. *Cass. 15 aprile 1998, n. 3806, Cass. 15 luglio 2005, n. 15022, Cass. 5 dicembre 2014, n. 25733.*

c) La soluzione delle Sezioni Unite.

La **rendita corrisposta dall'INAIL soddisfa**, neutralizzandola in parte, la **medesima perdita ai cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo, autore del fatto illecito, al quale sia addebitabile l'infortunio** in itinere subito dal lavoratore. D'altra parte, **il sistema normativo prevede un meccanismo di riequilibrio idoneo a garantire che il terzo responsabile dell'infortunio sulle vie del lavoro, estraneo al rapporto assicurativo, sia collateralmente obbligato a restituire all'INAIL l'importo corrispondente al valore della rendita per inabilità permanente costituita in favore del lavoratore assicurato**. Difatti, l'art. 1916 c.c., dispone che l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso il terzo danneggiante. Tale disposizione si applica, per espressa previsione, "anche alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali", estendendosi così il diritto di surrogazione agli enti esercenti le assicurazioni sociali. Inoltre, l'art. 142 del codice delle assicurazioni private (approvato con il D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) – nel riprodurre le previsioni contenute nell'abrogato art. 28, della L. 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti – stabilisce che, **qualora il danneggiato sia assistito da assicurazione sociale, l'ente gestore di questa abbia diritto di ottenere direttamente dall'impresa di assicurazione il rimborso delle spese sostenute per le prestazioni erogate al danneggiato** ai sensi delle leggi e dei regolamenti che disciplinano detta assicurazione, **sempreché non sia già stato pagato il risarcimento al danneggiato**. Proprio per evitare detta evenienza, il citato art. 142, comma 2, prevede, in continuità con la precedente disposizione, un articolato meccanismo di interpellato del danneggiato, con la richiesta di una dichiarazione attestante che lo stesso non ha diritto ad alcuna prestazione da parte di istituti che gestiscono assicurazioni sociali obbligatorie, e di comunicazione al competente ente di assicurazione sociale, ove il danneggiato dichiara di avere diritto a tali prestazioni. Le due norme – **l'art. 1916 cod. civ.**, da una parte, e **l'art. 142 del codice delle assicurazioni private**, dall'altra – sono contrasse-

gnate da un **elemento comune: la successione nel credito risarcitorio dell'assicurato-danneggiato**, la quale attribuisce all'ente gestore dell'assicurazione sociale che abbia indennizzato la vittima la titolarità della pretesa nei confronti dei distinti soggetti obbligati, al fine di ottenere il rimborso tanto dei ratei già versati quanto del valore capitalizzato delle prestazioni future. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12566.*

La **surrogazione**, mentre **consente dall'istituto di recuperare dal terzo responsabile le spese sostenute** per le prestazioni assicurative erogate **al lavoratore danneggiato, impedisce** a costui di cumulare, per lo stesso danno, **la somma già riscossa a titolo di rendita assicurativa con l'intero importo** del risarcimento del danno dovuto-gli dal terzo, **e di conseguire così due volte la riparazione del medesimo pregiudizio subito**. Pertanto, le somme che il danneggiato si sia visto liquidare dall'INAIL a titolo di rendita per l'inabilità permanente vanno detratte dall'ammontare dovuto, allo stesso titolo, dal responsabile al predetto danneggiato. Infatti, per un verso, **manca tale detrazione, il danneggiato verrebbe a conseguire un importo maggiore di quello a cui ha diritto**. L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni è espressione del favor che la Costituzione e il legislatore hanno inteso accordare al lavoratore con l'addossare in ogni caso all'istituto le prestazioni previdenziali, le quali assumono perciò carattere di anticipazione rispetto all'assolvimento dell'obbligo a carico del responsabile. Ma **l'intervento del sistema di sicurezza sociale attraverso l'erogazione della prestazione assicurativa non consente al lavoratore di reclamare un risarcimento superiore al danno effettivamente sofferto**: gli consente, invece, di agire nei confronti del terzo, cui è addebitabile l'infortunio in itinere, per ottenere la differenza tra il danno subito e quello indennizzato, allo stesso titolo, dall'INAIL. **L'infortunato, pertanto, perde la legittimazione all'azione risarcitoria per la quota corrispondente all'indennizzo assicurativo riscosso o riconosciuto in suo favore, mentre conserva il diritto ad ottenere nei confronti del responsabile il residuo risarcimento ove il danno sia solo in parte coperto dalla detta prestazione assicurativa**. *Cass. Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12566.*

1.1.5. Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento erogata al minore dall'Inps? Contrasto giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite.

a) Primo orientamento.

Va riconosciuta la **cumulabilità dell'indennità di accompagnamento con il risarcimento del danno** e ciò in quanto **affinché possa applicarsi il principio della compensatio lucri cum danno, è necessario che il vantaggio economico sia arrecato direttamente dal medesimo fatto concreto che ha prodotto il danno**, sicché dall'importo liquidato a titolo di risarcimento del danno alla persona (patrimoniale o biologico) non può essere detratto quanto già percepito dal danneggiato a titolo di speciale erogazione assistenziale connessa all'invalidità, tale erogazione basandosi su un titolo diverso rispetto all'atto illecito e non avendo finalità risarcitoria. *Cass. 18 novembre 1997, n. 11440; Cass. 30 settembre 2014, n. 20548.*

TITOLO I
DELLA LEGGE PENALE

1. Reati e pene: disposizione espressa di legge.

Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite [Cost. 25, comma 2; disp. prel. c.c. 14; c.p. 1889, 1].

1. Il principio di legalità; 1.1. Principio di legalità e ordinamento comunitario; 2. Principio di determinatezza e tassatività della fattispecie; 3. Il divieto di analogia in malam partem; 3.1. Interpretazione tassativa del delitto di cui all'art. 416 ter c.p.: definizione del patto elettorale tra i contraenti e irrilevanza della sua esecuzione con ricorso al metodo mafioso per il procacciamento di voti; 4. Interpretazione della legge penale; 4.1. La rilevanza dell'interpretazione estensiva.

1. Il principio di legalità.

1.1. Principio di legalità e ordinamento comunitario.

Il giudice comune ha il dovere non solo di evitare, attraverso il **meccanismo dell'interpretazione conforme** del diritto nazionale, di esporre lo Stato italiano a una possibile responsabilità internazionale per violazione della Convenzione EDU; ma ha anche il **dovere di applicare (direttamente) le disposizioni della Convenzione**, che – in quanto incorporate nell'ordinamento italiano in forza della legge n. 848/1955 – **formano parte integrante della “legge” che il giudice medesimo ha il dovere di applicare, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.** Disposizioni che il giudice comune dovrà assumere nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo. Tutto ciò, naturalmente, a condizione che la Convenzione non si scontri con un dato normativo interno di segno contrario, nel qual caso la soluzione dell'antinomia dovrà essere rimessa alla corte costituzionale. Ma quel che più rileva è ciò che la Corte ci dice ora, in negativo ma in modo del tutto trasparente: e cioè che, **nella misura in cui le disposizioni convenzionali ricadano in spazi normativamente “vuoti”, ossia non regolati in modo antinomico dalla legge nazionale, esse dovranno essere direttamente applicate dal giudice comune, come qualsiasi altra norma dell'ordinamento.** *Corte cost. 11 maggio 2017, n. 109.*

L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale, in virtù dei menzionati criteri Engel, trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, mentre rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale. Ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha

elaborato per la “materia penale; mentre solo ciò che è “penale” per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna. *Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43.*

L'art. 325 del TFUE, pur formulando un obbligo di risultato chiaro e incondizionato, omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato. Questa conclusione eccede il limite proprio della funzione giurisdizionale nello Stato di diritto, in contrasto con il principio di legalità enunciato dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, che, ai sensi dell'art. 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. Sono pertanto sottoposte in via pregiudiziale alla Corte di giustizia le seguenti questioni di interpretazione, rispettivamente, dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, e della sentenza della Corte di giustizia nella causa Taricco: se, qualora ricorrano le condizioni individuate in tale sentenza, l'art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; se, alle medesime condizioni, la stessa disposizione debba essere interpretata nel senso di imporre la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e sia soggetta al principio di legalità; se la sentenza nella causa Taricco debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di disapplicare la normativa nazionale sulla prescrizione, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro. *Corte cost., 16 gennaio 2017, n. 24.*

L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge appli-

cabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato. *Corte di Giustizia UE, 5 dicembre 2017, c-42/17.*

Appare evidente il deficit di determinatezza che caratterizza, sia l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE (per la parte da cui si evince la "regola Taricco"), sia la "regola Taricco" in sé. Quest'ultima, per la porzione che discende dal paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE, è irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita. Né a tale giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.). Ancor prima, è indeterminato l'art. 325 TFUE, per quanto qui interessa, perché il suo testo non permette alla persona di prospettare la vigenza della "regola Taricco". *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (sentenze n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 185 del 1992). Pertanto, quand'anche la "regola Taricco" potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a «colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precepto penale» (sentenza n. 327 del 2008). *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

È persino intuitivo (anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni) che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni del tutto peculiari. Se è vero che anche «la più certa delle leggi ha bisogno di "letture" ed interpretazioni sistematiche» (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988). *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

Qualora si reputasse possibile da parte del giudice penale il confronto tra frodi fiscali in danno dello Stato e frodi fiscali in danno dell'Unione, al fine di impedire che le seconde abbiano un trattamento meno severo delle prime quanto al termine di prescrizione, ugualmente l'art. 325, paragrafo 2, TFUE non perderebbe il suo tratto non adeguatamente determinato per fungere da base legale di tale operazione in materia penale, posto che i consociati non avrebbero potuto, né oggi potrebbero sulla base del solo quadro normativo, raffigurarsi tale effetto. *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

L'inapplicabilità della "regola Taricco", secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A. S., ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della "regola Taricco" nel nostro ordinamento. *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

La corte costituzionale, riuniti i giudici, dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, della Costituzione, e dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., con le ordinanze indicate in epigrafe. *Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115.*

2. Principio di determinatezza e tassatività della fattispecie.

In base ai principi della sentenza De Tommaso v. Italia, pronunciata dalla Grande Camera della Corte edu il 23 febbraio 2017, la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. non ha ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi". Si tratta di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura. *Cass. Sez. Un. 27 aprile 2017, n. 40076.*

3. Il divieto di analogia in malam partem.

3.1. Interpretazione tassativa del concetto di privata dimora ai sensi dell'art. 624 bis c.p..

Rientrano nella nozione di privata dimora di cui all'art. 624-bis c.p. (fattispecie più grave rispetto al reato di furto, determinata dalla violazione di un luogo di privata dimora) 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. Un esercizio commerciale non può essere considerato "luogo di privata dimora", specialmente durante l'orario di chiusura, ossia in un momento in cui è da escludersi lo svolgimento al suo interno di "atti di vita privata". *Cass. Sez. Un. 23 marzo 2017, n. 31345.*

4. Interpretazione della legge penale.

4.1. La rilevanza dell'interpretazione estensiva.

In caso di furto di autovettura lasciata incustodita sulla pubblica via, la circostanza aggravante della espo-

sizione per consuetudine alla pubblica fede, non presupponendo la predisposizione di un qualsiasi mezzo di difesa avverso eventuali azioni criminose, sussiste anche **se l'autovetture sia stata lasciata con gli sportelli aperti e le chiavi inserite** nel cruscotto. *Cass. 20 giugno 2017, n. 30730.*

2. Successione di leggi penali.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato [Cost. 25, comma 2; c.p. 1889, 2 comma 1].

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali [c.p.p. 673; c.p. 1889, 2 comma 2].

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135 [c.p. 1889, 2 comma 3].

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile [c.p.p. 648].

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.

1. Ratio e fondamento normativo del principio di retroattività della norma favorevole; 2. Criteri distintivi fra comma 2 e comma 4 ed ipotesi applicative; 2.1. Criterio del rapporto logico strutturale di genere a specie; 2.1.1. I reati societari; 3. Identificazione della legge penale più favorevole; 4. La modifica della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice; 4.1. Conseguenziale applicabilità dell'art. 2 c.p.; 4.2. Violazione dell'art. 14, comma 5-ter, D.Lgs. 286/1998, da parte del cittadino rumeno prima dell'adesione del Paese di appartenenza all'Unione Europea; 5. Rapporti con la depenalizzazione delle fattispecie; 5.1. Trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo; 5.2. Legge n. 189/2012: parziale abrogazione delle fattispecie colpose lievi ex art. 589 c.p.; 5.3. Omesso versamento di ritenute previdenziali; 6. L'esecuzione della pena; 7. Le misure di sicurezza.

1. Ratio e fondamento normativo del principio di retroattività della norma favorevole.

I tradizionali corollari del principio di legalità, sinora riferiti alla sola materia penale, sono espressione di limiti generali al potere punitivo dello Stato, e ciò anche con riferimento all'applicazione retroattiva della *lex mitior*, nel senso che l'essenza afflittiva della potestà sanzionatoria, anche amministrativa, dovrebbe essere rapportata alla valutazione che storicamente l'ordinamento operi della condotta che intende reprimere; del resto l'omogeneità tra illecito penale e amministrativo sotto il profilo delle garanzie minime, connoterebbe anche il quadro sovranazionale ed in particolare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 7 della CEDU, «anche alla luce dell'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e dell'art. 49 della Carta di Nizza»; vengono richiamate, in particolare, quelle pronunce che

affermano che l'applicazione delle garanzie previste dall'art. 7 della CEDU non dipende dalla qualificazione attribuita da ciascun ordinamento all'illecito e alle sue conseguenze sanzionatorie, avendo la Corte di Strasburgo elaborato una nozione autonoma di materia penale, legata a parametri sostanziali, tra i quali rientrano la natura del precetto violato, la gravità della sanzione e il suo carattere afflittivo (Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel ed altri contro Paesi Bassi); dall'applicazione di tali principi agli illeciti amministrativi e alle relative sanzioni discenderebbe, quindi, l'applicabilità agli stessi del principio di legalità penale di cui all'art. 7 della CEDU; detto principio, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, comprende anche quello della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite, sopravvenuto rispetto alla commissione del fatto; tale giurisprudenza è ispirata **all'esigenza di conformare il livello di tutela assicurato dalle norme convenzionali a quello riconosciuto da analoghe disposizioni di matrice sovranazionale – tra le quali l'art. 15 del Patto internazionale dei diritti civili e politici e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che hanno innalzato il principio dell'applicazione della *lex mitior* al rango di principio fondamentale del diritto penale**; la natura di garanzia convenzionale del principio della retroattività della *lex mitior*, unitamente all'inclusione dell'illecito amministrativo e delle relative sanzioni nella materia penale, ai sensi della CEDU, comporta, quindi, la necessità di riconsiderare l'impostazione della giurisprudenza costituzionale e di quella ordinaria, sfavorevole all'applicazione della *lex mitior* sopravvenuta nella materia delle sanzioni amministrative. *Corte cost. 5 gennaio 2017, n. 2.*

2. Criteri distintivi fra comma 2 e comma 4 ed ipotesi applicative.

2.1. Criterio del rapporto logico strutturale di genere a specie.

2.1.1. I reati societari.

In tema di insider trading, ciò che risulta vietato dall'art. 7 CEDU è l'applicazione retroattiva di un regime punitivo che, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, risulti maggiormente afflittivo per l'autore del fatto, rispetto al regime che era applicabile al momento del fatto. Laddove invece, in esito a una valutazione in concreto, dovesse risultare che tale nuovo regime sia di maggior favore, nessun ostacolo costituzionale o convenzionale si opporrebbe alla sua applicazione retroattiva, secondo quanto stabilito dalla disposizione transitoria impugnata (art. 9 della l. n. 62/2005 che stabilisce al comma 6, che le disposizioni da esso introdotte si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l'articolo 2 del codice penale). *Corte cost. 7 aprile 2017, n. 68.*

3. Identificazione della legge penale più favorevole.

In tema di insider trading, ciò che risulta vietato dall'art. 7 CEDU è l'applicazione retroattiva di un regime punitivo che, assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente, risulti mag-

giormente affittivo per l'autore del fatto, rispetto al regime che era applicabile al momento del fatto. Laddove invece, in esito a una valutazione in concreto, dovesse risultare che tale nuovo regime sia di maggior favore, nessun ostacolo costituzionale o convenzionale si opporrebbe alla sua applicazione retroattiva, secondo quanto stabilito dalla disposizione transitoria impugnata (art. 9 della l. n. 62/2005 che stabilisce al comma 6, che le disposizioni da esso introdotte si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l'articolo 2 del codice penale). *Corte cost. 7 aprile 2017, n. 68.*

4. La modifica della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice.

4.1. Conseguenziale applicabilità dell'art. 2 c.p.

L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale, in virtù dei menzionati criteri Engel, trascina con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, mentre rimane nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale (successione di norme nel tempo e principio di irretroattività penale). Ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale; mentre solo ciò che è "penale" per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna. *Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 43.*

4.2. Violazione dell'art. 14, comma 5-ter, D.Lgs. 286/1998, da parte del cittadino rumeno prima dell'adesione del Paese di appartenenza all'Unione Europea.

Il giudice penale investito del giudizio relativo a reati di bancarotta ex artt. 216 e seguenti R.D. 16 marzo 1942, n.267, non può sindacare la sentenza dichiarativa di fallimento, quanto al presupposto oggettivo dello stato d'insolvenza dell'impresa e ai presupposti soggettivi inerenti alle condizioni previste per la fallibilità dell'imprenditore, anche nel caso in cui l'imputato di un reato fallimentare non sia legittimato ad opporsi alla sentenza dichiarativa del fallimento, poichè, diversamente, si determinerebbe una impropria forma di impugnazione di una sentenza civile in sede penale. *Cass., 17 maggio 2018, n. 21920.*

5. Rapporti con la depenalizzazione delle fattispecie.

5.1. Trasformazione dell'illecito penale in illecito amministrativo o civile.

Rientra tra le competenze del giudice dell'esecuzione la revoca, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., delle statuizioni civili contenute in una sentenza definitiva di assoluzione dell'imputato dal delitto ascrittogli per intervenuta abrogazione dello stesso e sua trasformazione in illecito civile ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, essendo tali statuizioni state adottate in totale assenza di potere giurisdizionale. *Cass., 11 maggio 2018, n. 21102.*

5.2. Legge n. 189/2012: parziale abrogazione delle fattispecie colpose lievi ex art. 589 c.p..

Per i fatti anteriori l'entrata in vigore della legge 24 del 2017 può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 c.p., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012 che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il nuovo quadro disciplinare dettato dall'art. 590-sexies c.p. (disposizione introdotta dalla legge n. 24 del 2017) non trova applicazione: negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee guida; nelle situazioni concrete in cui tali raccomandazioni debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate; nelle condotte che, sebbene poste in essere dell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee guida pertinenti e appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo, come nel caso di errore nell'esecuzione materiale di atto chirurgico pur correttamente impostato secondo le relative linee guida. *Cass. 7 giugno 2017 n. 28187.*

In tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, l'abrogato art. 3 comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-sexies cod. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto. *Cass. Sez. Un. 22 febbraio 2018, n. 8770.*

5.3. Omesso versamento di ritenute previdenziali.

Non sussiste l'illegittimità costituzionale, in rapporto agli artt. 3, 25, comma 2, e 27 Cost., degli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 del decreto legislativo n. 8/2016 che ha depenalizzato il delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali di cui all'art. 2, comma 1-bis del d.l. n. 463/1983, laddove l'importo omesso non sia superiore a 10.000 euro per ogni annualità. (In particolare, l'art. 8 del decreto dispone, al primo comma, che le sanzioni amministrative previste per i nuovi illeciti depenalizzati si applichino anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto, purché il relativo procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto irrevocabili; mentre il terzo comma prevede che, in ogni caso, ai fatti commessi precedenti all'entrata in vigore del decreto non possa essere applicata "una sanzione amministrativa pecuniaria per un importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'articolo 135 del codice penale". L'art. 9 dispone che l'autorità giudiziaria avanti alla quale sia pendente il giudizio penale per un illecito depenalizzato debba trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente per l'accertamento della violazione e l'irrogazione della sanzione). Sul punto non sussiste una questione di retroattività delle nuove sanzioni amministrative (in rapporto all'art. 25 co. 2 Cost.) né di eccessiva entità (in rapporto agli artt. 3 e 27 Cost.). *Corte cost. 11 maggio 2017, n. 109.*