

# L'usura sopravvenuta

di Valeria Romano

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

FRATINI – ZUCCARO, *Le nuove tracce di diritto civile*, Roma, 2016; COLANGELO, *Legalizzazione dell'usura?*, in *Danno e responsabilità*, 2014, 2, 201-214; DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 5; ID., *Sugli effetti civilistici dell'usura sopravvenuta*, in *Il caso.it*, 9 febbraio 2014; GAMBINO, *L'usura "sopravvenuta" e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, 885-900; GHISALBERTI, *Sulla sopravvenuta violazione del tasso soglia antiusura nello svolgimento del rapporto negoziale e l'applicazione del principio della buona fede quale possibile correttivo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 3, 388 ss; GUIZZI, *Il problema della usura sopravvenuta e il sistema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 2, 184 ss.; MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, ABF e Banca d'Italia*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, 4, 436-446; PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 2, 480-494; QUARANTA, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, 5, 491-497; SCAGLIOTTI, *Ancora sul problema della usurarietà sopravvenuta: il rapporto con l'esercizio dello ius variandi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 3, 339 ss.

## LA TRACCIA

Il 15 gennaio 1995 Tizio richiede un mutuo trentennale alla banca Alfa, la quale concede il prestito. Il tasso d'interesse, fisso, pattuito tra le parti è del 10%, a fronte della soglia massima prevista dalla legge del 12%.

Dopo alcuni anni, a partire dal maggio del 2010, la soglia di legge viene rideterminata al 9%. Tizio richiede alla banca una rinegoziazione del rapporto, ma l'istituto di credito oppone il proprio rifiuto asserendo che il mutuo deve seguire le condizioni previste al momento della stipula.

Consapevole delle novità introdotte dal legislatore in materia di contratti di finanziamento, Tizio decide, nel mese di marzo del 2011, di non pagare alla banca più alcun interesse.

Dopo vari solleciti infruttuosi volti ad ottenere i pagamenti da parte Tizio, la banca chiede e ottiene un decreto ingiuntivo nei suoi confronti, per l'ammontare di tutto ciò che la banca assume ancora dovuto.

Tizio, allora, ricevuta la notifica dell'ingiunzione giudiziale di pagamento, decide di rivolgersi a un legale per proporre opposizione e per sapere se vi è un modo per evitare di subire ancora, nonostante le modifiche legislative e i cambiamenti intervenuti nel mercato dei mutui bancari, l'applicazione del tasso d'interessi originariamente convenuto, così elevato rispetto a quanto ormai viene praticato.

Assunte le vesti del legale di Tizio, il candidato, premessi brevi cenni sull'usura pecuniaria, rediga motivato parere sulla questione proposta, analizzando le problematiche sottese al caso di specie.

## 1. La presentazione della questione

*Il parere richiesto ruota attorno al problema dell'efficacia della normativa antiusura con riguardo contratti sorti anteriormente all'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, ma che hanno avuto vigenza anche successivamente ad essa.*

## 2. Il fatto

*Nel caso di specie, nel gennaio del 1995 la banca Alfa concede a Tizio un mutuo trentennale con tasso d'interesse fisso pattuito tra le parti del 10%, a fronte della soglia massima prevista dalla legge del 12%. A seguito dell'abbassamento, a partire dal maggio del 2010, della soglia di legge al 9%, Tizio richiede alla banca una rinegoziazione del rapporto, ma la l'Istituto di credito oppone il proprio rifiuto asserendo che il mutuo deve seguire le condizioni previste al momento della stipula.*

## 3. L'inquadramento giuridico degli istituti

*Ai fini della corretta disamina e soluzione della questione sopra richiamata, giova preliminarmente illustrare la disciplina civilistica in materia di usura con particolare riguardo al tema dell'usura sopravvenuta. Occorre dunque muovere dalla definizione della nozione di usura. Il termine "usura" dal latino usus indica – in via di prima approssimazione – la pratica consistente nel fornire prestiti a tassi di interesse illegali ovvero socialmente riprovevoli o tali da rendere il loro rimborso estremamente difficile per il debitore. Più in particolare, integra usura la condotta di chi si fa dare o promettere come corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o vantaggi usurari. Ciò posto sul piano definitorio, è dato distinguere diverse tipologie di usura: l'usura pecuniaria, in cui la prestazione a fronte della quale è corrisposta una controprestazione usuraria è di denaro, l'usura reale in cui, invece, la prestazione può avere ad oggetto qualsiasi altra utilità. Peraltro l'usura pecuniaria deve essere definita ad interessi se il corrispettivo usurario è d'interessi; viceversa, se la controprestazione dovuta consiste in altro vantaggio, si avrà riguardo all'usura pecuniaria non ad interessi.*

*Ebbene, la disciplina dell'usura ha subito, nel nostro ordinamento, una progressiva evoluzione normativa e giurisprudenziale. Merita, dunque, ricostruirne le tappe essenziali al fine di fornire una corretta risposta al quesito sottoposto da Tizio.*

**Una prima fase è quella antecedente alla già citata legge 7 marzo 1996, n. 108.** In tale periodo storico era considerato usurario – a norma dell'art. 644 c.p. allora vigente – il comportamento di chi, approfittando dell'altrui stato di bisogno, si faceva dare o promettere interessi o vantaggi usurari come corrispettivo della dazione di denaro o altra cosa mobile. Le conseguenze, sul piano civilistico, erano disciplinate degli artt. 1448 c.c. e 1815 c.c. A norma dell'art. 1448 c.c. veniva in rilievo l'istituto della rescissione per lesione. L'esperibilità della relativa azione era, tuttavia, subordinata a due requisiti: da un lato lo stato di bisogno di una parte di cui l'altra avesse profittato e, dall'altro, la sproporzione tra le prestazioni, la lesione dovendo eccedere della metà il valore della prestazione del contraente danneggiato. Per tali ragioni risultava di più frequente applicazione la sanzione di cui all'art. 1815, comma 2, che, con riferimento al contratto di mutuo con interessi usurari, sanciva la nullità delle clausole relative ad interessi usurari e stabiliva, quale conseguenza dell'accertamento della nullità stessa, l'obbligo di corrispondere gli interessi nella misura legale. **Il quadro legislativo mutava radicalmente con l'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108 che segna la seconda fondamentale tappa evolutiva della disciplina in materia di usura.** Più in

particolare, il mutamento legislativo avveniva nel senso di una rigorosa oggettivazione dei criteri di qualificazione del carattere usurario degli interessi attraverso progressivo superamento del rilievo ascrivito dalla previgente disciplina alle condizioni soggettive della vittima dell'usura ed all'approfittamento dello stato di bisogno. **Sul piano penalistico** nell'art. 644 c.p. l'approfittamento dello stato di bisogno della vittima non era più elemento costitutivo del reato, ma veniva degradato a circostanza aggravante (art. 644, comma 5, n. 3, c.p.). **Sul piano civilistico** veniva riscritto l'art. 1815, comma 2, c.c.: se nella versione ante 1996 la norma prevedeva che "se si sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e sono dovuti interessi solo nella misura legale", nella versione post 1996 stabiliva che "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi". Sulla base della nuova dizione della norma il contratto restava dunque valido, essendo colpita da nullità parziale la sola clausola relativa agli interessi ed il mutuo da oneroso diviene gratuito. In altri termini, il legislatore del 1996 - nell'evidente intento di reprimere la piaga sociale dell'usura - escludeva la sostituzione del tasso usurario con il tasso legale prevedendo la più drastica conversione del mutuo oneroso in mutuo gratuito. **Con riguardo sia al piano civilistico che penalistico**, e sempre nell'ottica di una progressiva oggettivazione dei criteri di qualificazione del carattere usurario degli interessi, si specificava che la condotta si definisce in termini di usurarietà quando sia stabilito un interesse eccedente il tasso-soglia trimestralmente determinato dal Ministero del tesoro e pubblicato in G.U.

La novella di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108 aveva sollevato molteplici dubbi interpretativi stimolando un inteso dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema della c.d. usura sopravvenuta. Apparivano problematiche, cioè, le ipotesi di superamento del tasso soglia degli interessi usurari in un momento successivo rispetto a quello della pattuizione convenzionale degli interessi ad opera delle parti. Vista l'assenza di una disciplina transitoria, si poneva dunque il problema di quale fosse il **momento rispetto al quale parametrare la verifica di usurarietà dei tassi** se, in altri termini, l'usurarietà dei tassi dovesse essere verificata paragonandola al tasso soglia vigente al momento della stipula dei contratti di finanziamento ovvero al momento esecutivo del contratto. Sul punto erano sorti due indirizzi giurisprudenziali.

**Secondo un primo orientamento**, doveva ritenersi decisivo il **momento genetico** della stipulazione del contratto, essendo irrilevante il tempo successivo dell'effettiva corresponsione degli interessi. **Secondo un diverso orientamento**, invece, la valutazione in ordine all'usurarietà degli interessi doveva essere posta in essere al momento della **datio** degli stessi e, cioè, nel momento funzionale ed esecutivo del contratto. Tale secondo orientamento ascriveva, dunque, rilevanza alla c.d. **usurarietà sopravvenuta**. Si qualificava, cioè, come usurario il contratto anche nelle ipotesi di superamento del tasso soglia di interessi usurari in un momento successivo rispetto a quello in cui la pattuizione era intervenuta tra le parti, ascrivendo così rilievo anche al momento della dazione dei ratei usurari. Tale orientamento valorizzava la **natura pubblicistica ed imperativa** della disciplina in tema di usura sulla scorta della quale non poteva ritenersi irrilevante il momento in cui, in spregio alla stessa, fossero riscossi interessi oltre il tasso legale. Inoltre, quello di usura, si sottolineava, è reato a condotta frazionata di talché le condotte di riscossione dei ratei usurari rinnovano la consumazione del reato procrastinando, anche sul piano penalistico, il momento di cessazione della condotta criminosa.

A fronte dei dubbi interpretativi sorti a seguito dell'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108, nel 2000 veniva emanata la **legge di interpretazione autentica 28 febbraio 2001, n. 24**. Con tale intervento legislativo - che costituisce **la terza tappa** fondamentale nell'evoluzione della disciplina dell'usura - veniva puntualizzato che "ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, comma 2, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, **indipendentemente dal momento del loro pagamento**".

Con l'intervento in esame il legislatore sembrava ascrivere rilievo, ai fini della valutazione della natura usuraria dei tassi di interesse, al solo momento iniziale della stipulazione del contratto con la conseguenza che lo sconfinamento del tasso soglia, successivamente alla conclusione del contratto, non avrebbe potuto produrre l'effetto legale contemplato all'art. 1815 c.c. La legge di interpretazione autentica del 2001 ha, peraltro, superato, nel 2002, il controllo di costituzionalità della Corte Costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza. Il Giudice delle Leggi, infatti, partendo dalla constatazione per cui la ratio della legge 7

marzo 1996, n. 108 era quella di contrastare il fenomeno dell'usura, ha affermato che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 c.p. e 1815 c.c. trovano applicazione solo con riguardo alle ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie.

#### 4. L'argomentazione attinta anche dalla giurisprudenza e dottrina più rilevanti

Ciò nondimeno, anche dopo l'intervento legislativo d'interpretazione autentica e l'avallo della Corte Costituzionale continua ad essere particolarmente dibattuta la questione della spettanza di interessi pure concordati, ma divenuti usurari successivamente alla pattuizione. Sul punto, si registrano due opposti orientamenti. **La prima opzione interpretativa** esclude che abbia rilievo l'eventuale superamento del tasso soglia degli interessi corrispettivi originariamente convenuti in modo legittimo. I sostenitori dell'orientamento in parola ritengono, dunque, che ai fini della verifica in ordine all'usurarietà dei tassi di interesse sia decisivo il momento genetico della stipulazione del contratto, essendo irrilevante il tempo successivo dell'effettiva corresponsione degli interessi. Viene valorizzato, da questo orientamento, il dato testuale del decreto-legge 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1, ed in particolare la locuzione "**indipendentemente dal loro pagamento**". La legittimità iniziale del tasso convenzionalmente pattuito spiegherebbe dunque la sua efficacia per tutta la durata del contratto. In particolare, si argomenta come, dalla Relazione governativa di accompagnamento al decreto-legge 29 dicembre 2000, n. 394, successivamente convertito, con modifiche, nella legge 28 febbraio 2001, n. 24, emergerebbe come l'intento del legislatore sia stato quello, da un lato, di escludere la possibilità di applicare la legge 7 marzo 1996, n. 108 ai contratti conclusi prima della sua entrata in vigore, dall'altro, di escludere l'ammissibilità dell'ipotesi della cd. "usura sopravvenuta" concernente i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della legge 7 marzo 1996, n. 108. A sostegno della tesi dell'irrelevanza dell'usura sopravvenuta, inoltre, si evidenzia che l'art. 1815, comma 2, c.c. riferisce la nullità della pattuizione al momento in cui sono "convenuti interessi usurari". Ancora a supporto di tale tesi, si richiama la sostanziale iniquità di una diversa interpretazione in quanto, qualora l'obbligazione di pagamento degli interessi fosse influenzata da un dato accidentale, imprevedibile ed esterno alla volontà delle parti, quale la riduzione del tasso soglia, la banca creditrice di interessi convenzionalmente fissati ab origine ad un tasso inferiore al tasso soglia rilevato al momento della conclusione del contratto, non sarebbe mai sicura di ottenere quanto contrattualmente e lecitamente convenuto con il cliente. La banca creditrice sarebbe, in sostanza, esposta oltre al rischio insito ai contratti a prestazione corrispettiva di durata, anche all'alea collegata al modificarsi al ribasso del tasso soglia. Secondo la tesi in parola, dunque, sarebbero irrilevanti, al fine di verificare se gli interessi applicati siano usurari, le eventuali variazioni che intervengano nella determinazione periodica dei tassi soglia. Ne consegue che gli interessi, che al momento della stipula del contratto non sono usurari, non possono in alcuno modo divenirlo in un momento successivo. L'orientamento in parola ha trovato ampio avallo giurisprudenziale (Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22204; Cass. civ., 13 maggio 2010, n. 11632; Cass. civ., 17 dicembre 2009, n. 2649; Cass. civ., I, 19 marzo 2007, n. 6514; Cass. civ., 25 marzo 2003, n. 4380). Da ultimo l'impostazione innanzi richiamata ha trovato conferma nella sentenza Cass. civ., 29 gennaio 2016, n. 801 secondo la quale la non usurarietà del tasso al momento della convenzione originaria legittimerebbe la sua perdurante efficacia per tutta la durata del contratto, al contempo relegando nell'ambito della irrilevanza l'eventuale sopravvenuta disposizione imperativa che introduca un tasso soglia inferiore a quello inizialmente convenuto dalle parti.

**In senso contrario all'orientamento illustrato se ne sviluppato un altro** che, invece, ascrive rilievo alla c.d. usurarietà sopravvenuta degli interessi che, ancorché pattuiti lecitamente, dovessero risultare in seguito alla stipula del contratto superiori al tasso soglia.

Per vero, con riguardo al versante giurisprudenziale che ascrive rilievo all'usura sopravvenuta è dato distinguere **una pluralità di sotto-orientamenti** e posizioni in ordine all'incidenza pratica rivestita dal sopravvenire di un tasso soglia inferiore a quello pattuito dalle parti. **Secondo un primo e radicale approccio**, nell'ipotesi in cui gli interessi siano divenuti usurari in relazione ad un nuovo tasso soglia le relative pattuizioni sarebbero affette da **nullità sopravvenuta**. In altri termini, la clausola in cui sono convenuti gli interessi divenuti usurari sarebbe nulla per la violazione della norma imperativa che determina il nuovo tasso soglia. A fronte del contrasto con la norma imperativa opererebbe, dunque, il meccanismo

contemplato dagli artt. 1419, comma 2, c.c. e 1339 c.c. con conseguente nullità parziale della clausola e sostituzione automatica dei tassi convenzionali con i tassi soglia applicabili in relazione ai diversi periodi. Siffatta soluzione, avvalorata da ultimo da Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 602, è aspramente criticata dalla dottrina dominante, la quale è ferma nel ritenere che la categoria della nullità, quale sanzione che l'ordinamento ricollega ad un **vizio genetico** del contratto, sia ontologicamente incompatibile con variazioni normative successive al momento perfezionativo dello stesso.

Sulla scorta delle richiamate critiche della dottrina in ordine alla controversa nozione di **nullità sopravvenuta**, un **secondo orientamento** opina nel senso che le clausole che prevedono interessi divenuti usurari in relazione ad un nuovo tasso sarebbero **inefficaci ex nunc**. I sostenitori della tesi dell'inefficacia sopravvenuta delle clausole contenenti un saggio di interesse esorbitante il tasso soglia sopravvenuto sottolineano come le successive variazioni del tasso soglia costituiscono un **quid facti** che non tocca il giudizio di validità della clausola, come asserito dai fautori della tesi della nullità sopravvenuta, ma investe l'effetto delle pattuizioni relative agli interessi stessi. Tale indirizzo ha ricevuto il recente avallo della Cassazione con la sentenza della prima sezione 17 agosto 2016, n. 17150 nella parte in cui puntualizza che l'inefficacia di tali patti sarebbe rilevabile d'ufficio, sulla base di una semplice allegazione da parte del debitore interessato.

Da ultimo, sempre nel composito filone che riconosce l'incidenza della normativa anti-usura anche in relazione ai rapporti pendenti, va dato atto dell'interessante **tesi dottrinale dell'inesigibilità della prestazione**. I sostenitori dell'impostazione in parola ritengono, più nel dettaglio, di poter superare la sproporzione tra tasso convenuto e tasso pattuito facendo ricorso alla generale nozione di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. Così ragionando, lo strumento per tutelare il debitore vincolatosi ad un tasso di interesse divenuto usurario si rinvia nella clausola generale di inesigibilità che consentirebbe di opporsi alla pretesa del mutuante in relazione alla porzione di interessi eccedente rispetto al nuovo tasso soglia. In altri termini, l'originaria pattuizione rimarrebbe valida ma il debitore non potrebbe ritenersi obbligato oltre il tasso massimo consentito dalla legge in vigore al momento dell'adempimento, atteso che per la parte in eccesso l'esecuzione sarebbe inesigibile ex articolo 1375 c.c. Secondo la tesi dottrinale in esame, la legge di interpretazione autentica non sancirebbe l'assoluta irrilevanza giuridica dell'usura sopravvenuta, ma si limiterebbe ad escludere l'applicabilità della disciplina penale di cui all'art. 644 c.p. e civile ex art. 1815, comma 2 a favore dell'applicabilità dei principi di buona fede e di divieto di abuso del diritto da cui sorgerebbe il divieto per il creditore di esigere interessi divenuti usurari nel corso del rapporto. La pretesa di tali interessi sarebbe fronteggiabile sperando l'*exceptio doli generalis*. Pertanto, il debitore d'interessi usurari potrebbe paralizzare l'azione di adempimento degli stessi eccependo una inefficacia *ex bona fide* della clausola contrattuale relativamente a quella percentuale di interessi eccedente la soglia consentita.

### 5. L'applicazione al caso di specie

Facendo applicazione delle coordinate teoriche innanzi richiamate, deve concludersi nel senso della spettanza alla banca, nonostante il mutato quadro normativo, degli interessi originariamente pattuiti, ancorché poi rivelatisi eccedenti il tasso soglia consentito ai fini del contrasto al fenomeno dell'usura. Difatti il contratto di mutuo è stato concluso anteriormente alla vigenza della legge 7 marzo 1996, n. 108 che ha introdotto l'usura pecuniaria ad interessi oggettiva e la sopravvenuta usurarietà di tali interessi non comporta l'applicazione della sanzione della conversione in mutuo gratuito di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. in forza dell'interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108 fornita dalla legge 28 febbraio 2001, n. 24.

### 6. Le conclusioni

Si consiglia, tuttavia, al signor Tizio di spiccare l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo notificatogli al fine di contestare la misura degli interessi pretesi dall'istituto creditore. Quest'ultimo esige, infatti, l'intero credito rimasto inevaso, dunque comprensivo degli interessi nella misura concordata e divenuta usuraria,

# Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva

di Christian Serpelloni

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale* (parte generale), Roma, XII edizione, 2016/2017, 510 e ss., 817 e ss. e 1114 e ss.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale* (parte speciale), Tomo II, Roma, IV edizione, 2017, 410 e ss.; R. GAROFOLI, *Memo manuale di penale*, Roma, VIII edizione, 2017, 341 e ss. e 356 e ss.; R. GAROFOLI, *Codice penale ragionato Major*, Roma, II edizione, 2015, 110 e ss. e 1001 e ss.; R. GAROFOLI, *Codice penale e delle leggi penali speciali annotato con la giurisprudenza*, Roma, IX edizione, 2016, 225 e ss. e 1903 e ss.; L. DELLA RAGIONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Roma, II edizione, 253 e ss.; DE GIOIA V., *Codice di procedura penale e leggi speciali annotato con la giurisprudenza*, Roma, VI edizione, 2016, 606 e ss.; L. BONFANTINI – VILLA G., *Schemi di diritto penale parte generale e speciale*, Roma, III edizione, 2016, 64 e ss. e 285 e ss.; D. ROCCHI, *Schemi di diritto processuale penale*, Roma, III edizione, 2016, 99 e ss.; P.E. DE SIMONE, *Codice delle misure cautelari penali*, Roma, 2016, 3 e ss. e 434 e ss.

## LA TRACCIA

Caio, mentre si trova di prima mattina alla guida della propria autovettura durante un viaggio in autostrada, a causa dello scoppio della ruota posteriore perde il controllo del mezzo che, dopo aver sbandato, urta contro l'autoarticolato di Mevio, fermo sulla corsia riservata alla sosta di emergenza. A seguito del violento impatto, l'autovettura condotta da Caio si incastra sotto il pianale di carico dell'autoarticolato e, di conseguenza, il predetto scontro si rivela letale, decedendo sul colpo. Una volta giunta sul luogo del sinistro, la Polizia stradale effettua i rilievi del caso ed escute a sommarie informazioni Mevio, il quale dichiara agli agenti che a causa di un forte senso di stanchezza, circa un'ora prima dell'incidente decideva di sospendere il proprio viaggio accostando il mezzo pesante sulla corsia di emergenza, per riposarsi nella cuccetta della cabina dove, effettivamente, si addormentava. Preso atto delle dichiarazioni rilasciate da Mevio, la Polizia stradale contestava al predetto la violazione dell'art. 157, comma 1, lett. d) del Codice della strada, sottoponendo lo stesso a fermo ed iscrivendolo nel registro degli indagati per il reato di omicidio stradale (art. 589-bis c.p.). Il G.I.P., in accoglimento delle richieste del Pubblico Ministero, convalidava il fermo e disponeva la misura cautelare della custodia in carcere, ritenendo sussistenti i gravi indizi di colpevolezza sulla base dei rilievi e della relazione di incidente eseguita dalla Polizia stradale e delle dichiarazioni dello stesso Mevio, dai quali si evince secondo l'accusa, il coinvolgimento del mezzo di Mevio e la violazione da parte di quest'ultimo della normativa prevista dal Codice della strada. Ritiene, inoltre, il Giudice la sussistenza del pericolo di fuga derivante dalla nazionalità straniera del camionista, nonostante il predetto risiede ormai da molti

anni in Italia con regolare permesso di soggiorno. Il candidato, assume le vesti del legale di Mevio, predisponga l'atto giudiziario più idoneo a tutelare la posizione del proprio assistito.

### SVOLGIMENTO

#### RIESAME DELLE ORDINANZE CHE DISPONGONO UNA MISURA COERCITIVA Art. 309 c.p.p.

LL. MO TRIBUNALE DEL RIESAME DI .....

Proc. pen. n. \_\_ RG NR \_\_

Proc. pen. n. \_\_RG GIP \_\_

Il sottoscritto avvocato ..., del Foro di..., difensore di Mevio, nato a ... il ... e residente a... in ..., giusta nomina in calce al presente atto, indagato nell'ambito del procedimento penale n. ... R.G.N.R. e n. ... R.G.G.I.P. per il reato previsto e punito *ex art. 589-bis c.p.*, propone a codesto Ill.mo Tribunale

#### RICHIESTA DI RIESAME

dell'ordinanza cautelare emessa in data ... ed eseguita in data... con la quale il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di ..., Dott. ..., ha applicato nei confronti di Mevio la misura cautelare della custodia in carcere, per i seguenti

#### MOTIVI

##### 1. INSUSSISTENZA DEI PRESUPPOSTI DI APPLICABILITÀ DELLA MISURA CAUTELARE IMPOSTI EX ART. 273 C.P.P. PER MANCANZA DELLA CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO CONNESSO ALLA VIOLAZIONE DELLA NORMA CAUTELARE CHE SI SUPPONE VIOLATA, DI CUI ALL'ART. 157, COMMA 1, LETT. (d, CODICE DELLA STRADA

L'attenta analisi del materiale di indagine, permette di giungere a conclusioni assolutamente difformi rispetto a quelle formulate dal Giudice per le Indagini Preliminari. Ne consegue che il provvedimento cautelare disposto nei confronti di Mevio dovrà essere annullato, non sussistendo, allo stato, i presupposti per l'applicazione della misura custodiale che ha riguardato il predetto.

Il provvedimento, infatti, è stato emesso in violazione delle disposizioni che il legislatore ha dettato nell'art. 273 c.p.p., in tema di presupposti per l'applicabilità delle misure cautelari, in quanto si è erroneamente ritenuto che la condotta posta in essere dall'indagato potesse integrare una violazione del Codice della strada.

Si evidenzia al riguardo che nella mattina del ....., Mevio si trovava a bordo del proprio autoarticolato in sosta sulla corsia di emergenza dell'autostrada.. ...,

dove il prevenuto, a seguito di un impellente bisogno di riposarsi prima di proseguire il viaggio, aveva parcheggiato il mezzo.

Improvvisamente, l'autoarticolato in sosta veniva violentemente tamponato da una vettura, la quale a causa dello scoppio di un pneumatico, sbandava repentinamente causando così la perdita di controllo del mezzo da parte del conducente Caio, che andava ad impattare contro il rimorchio del mezzo pesante fermo sulla corsia di emergenza.

Nell'impatto Caio perdeva la vita, quindi la Polizia stradale giunta sul luogo del sinistro, dopo aver eseguito i primi accertamenti del caso, sottoponeva Mevio a fermo, ritenendo che la sua condotta avesse violato la disciplina dettata dal Codice della Strada in materia di sosta di emergenza e che ciò lo rendesse responsabile di omicidio colposo aggravato.

Nei giorni seguenti, su richiesta del Pubblico Ministero, il G.I.P., convalidato il fermo, disponeva nei confronti di Mevio la misura cautelare della custodia in carcere.

A sostegno della propria ordinanza, Il G.I.P. evidenziava la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza sulla base dei rilievi effettuati dalla Polizia stradale, dai quali è emerso il coinvolgimento dell'autoarticolato dell'indagato nell'incidente, ed anche sulla scorta delle stesse dichiarazioni rese da Mevio, il quale secondo la prospettazione accusatoria, avrebbe ammesso di aver violato il Codice della Strada affermando di aver usato la corsia di emergenza per riposarsi a causa di un eccesso di stanchezza. Inoltre, il Giudice delle indagini preliminari, ha ritenuto che sussisterebbe il pericolo di fuga in quanto l'indagato, pur vivendo in Italia da molti anni con regolare permesso di soggiorno, è di origini straniere.

Ciò premesso, ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie in esame, si precisa che il reato contestato è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, legge 23 marzo 2016, n 41.

Detto intervento normativo è stato dettato dall'esigenza di fornire una risposta al grave allarme suscitato nella collettività da condotte di guida altamente pericolose. In particolare con il reato di omicidio stradale viene punita, con la reclusione da due a sette anni, la condotta di chi "cagioni per colpa la morte di una persona con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale".

La fattispecie criminosa in esame, quindi, dal punto di vista dell'elemento psicologico si configura come reato colposo.

Si specifica che il reato colposo trova compiuta descrizione nell'art. 43, comma 3, c.p., secondo il quale "*il delitto è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imperizia, imprudenza ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*".

Il reato colposo contempla un addebito di leggerezza che viene imputato ad un soggetto il quale, mantenendo una condotta imperita, negligente, imprudente, quindi violando regole precauzionali (nel caso di specie, quelle relative alla circolazione stradale) poste a presidio di determinati beni giuridici, ha determinato un fatto di reato che sarebbe stato evitato mediante l'osservanza di quelle prescrizioni.

La sussistenza della colpa presuppone la presenza di alcuni elementi: l'involontarietà, l'inosservanza di una regola cautelare posta per prevenire il verificarsi di determinati eventi dannosi e l'attribuibilità sul piano soggettivo dell'inosservanza di detta norma, nonché la conseguente concreta esigibilità

del comportamento corretto, idoneo ad impedire il fatto di reato. Per quanto attiene l'esigibilità, è necessario ricordare che essa deve essere verificata alla stregua del parametro soggettivo dell'agente modello: prima di tutto l'evento deve essere prevedibile ed evitabile, inoltre la più recente dottrina e la prevalente giurisprudenza precisano che ai fini del giudizio di colpevolezza è necessario assumere a parametro l'uomo giudizioso *eiusdem professionis et condicionis*, ossia un soggetto di normale diligenza e capacità che opera nelle stesse condizioni del reo.

Dalla definizione della colpa fornita dal citato art. 43 c.p. si ricava che l'inosservanza della regola cautelare di condotta deve costituire la causa dell'evento lesivo che si è verificato e che la stessa norma era finalizzata a prevenire. La responsabilità colposa, pertanto, è limitata ai soli eventi lesivi del bene giuridico protetto dalla regola cautelare violata: si parla in questo caso di c.d. concretizzazione del rischio o dello scopo di protezione della norma. Oltre alla verifica di tale concretizzazione del rischio, inoltre, va compiuta quella sulla rilevanza del comportamento alternativo lecito, che è volta a stabilire se, qualora il soggetto avesse rispettato la norma cautelare, ciò avrebbe garantito di evitare l'evento (c.d. valutazione dell'evitabilità in concreto dell'evento). Se questa seconda verifica dovesse dar esito negativo - ossia nel caso in cui risultasse a posteriori che anche agendo correttamente l'evento si sarebbe comunque verificato - la responsabilità colposa dovrà escludersi.

Viene a questo punto in rilievo la disciplina che il Codice della strada detta in tema di sosta nella corsia di emergenza.

Il riferimento normativo è costituito dall'art. 157, comma 1, lett. d) il quale detta la nozione di "sosta di emergenza" definendola come l'interruzione della marcia nel caso in cui il veicolo è inutilizzabile per avaria ovvero deve arrestarsi per malessere fisico del conducente o di un passeggero.

Ebbene, il quadro normativo di cui sopra, non può che giustificare una concreta critica che riguarda diversi aspetti dell'ordinanza cautelare che ha interessato Mevio.

Prima di tutto, deve essere sottolineato che la stanchezza accusata da quest'ultimo, che lo ha costretto al riposo nella corsia di emergenza, deve essere assimilata al "malessere fisico" espressamente previsto dal citato art. 157, comma 1, lett. d) del codice della Strada, quindi come una causa che consente al conducente di utilizzare detta corsia per una sosta.

Ed infatti, come osservato anche dalla Suprema Corte di Cassazione, al concetto di malessere di cui si tratta nella norma in questione, ben possono essere ricondotti qualsiasi disagio e ogni tipo d'incoercibile necessità fisica, anche soltanto transitoria, che non consentano di proseguire la guida mantenendo il dovuto livello di attenzione. La stanchezza, così come il torpore, sono segni premonitori del c.d. colpo di sonno che non devono essere sottovalutati e che impongono al soggetto, per concrete esigenze di tutela di se stesso e degli altri utenti della strada, di interrompere la guida. Da ciò consegue non soltanto che in presenza di una forma di stanchezza il conducente può utilizzare la corsia di sosta di emergenza, ma anche che egli è obbligato a interrompere la guida in casi di questo genere (cfr. in tal senso Cass. pen., 13 marzo - 18 maggio 2012, n. 19170).

Appare evidente, dunque, che la condotta di Mevio non ha integrato la violazione di alcuna norma e non può, pertanto, essergli rivolto alcun addebito teso a giustificare una responsabilità di tipo colposo.

*Ad abundantiam*, si osserva che la disciplina dell'imputazione colposa chiarisce che, perché l'illecito colposo si configuri, è necessario che il soggetto agente violi una norma cautelare, e che la sua condotta concretizzi il rischio che quella stessa norma è volta ad evitare.

Pertanto, anche sotto questo profilo, non è dato sapere come possa chiamarsi in causa Mevio per l'incidente che ha ucciso Caio, sostenendo che una sua responsabilità possa derivare dall'aver violato la norma sulla sosta nella corsia di emergenza. Detta norma, con ogni evidenza, è finalizzata a consentire a mezzi di Polizia, o a quelli di soccorso, di percorrere la strada il più velocemente possibile in caso di traffico. Certamente, la finalità della corsia di emergenza non è quella di garantire l'incolumità di una vettura che stia sbandando e dei suoi passeggeri. È evidente, quindi, che nel caso di specie non si è verificata quella concretizzazione del rischio necessaria ai fini del perfezionamento di una forma di responsabilità colposa.

L'unica causa del tragico incidente nel quale ha perso la vita Caio è da rinvenirsi nelle anomalie di manutenzione dello pneumatico posteriore dell'auto che egli guidava quella mattina e nessun addebito può essere mosso a Mevio.

Quanto sopra per inferirne che, in materia cautelare, la nozione di gravi indizi di colpevolezza, non corrisponde a quella di indizi intesi quali elementi di prova idonei a fondare un giudizio di colpevolezza, tuttavia nel caso che ci occupa il quadro complessivo, sia *ab origine*, sia come si è delineato nel corso delle indagini preliminari, porta a formulare valutazioni, in capo a Mevio, molto diverse rispetto a quelle formulate dalla competente Autorità Giudiziaria.

La corretta ricostruzione della dinamica dell'incidente e della normativa di riferimento impone, dunque, di acclarare la totale estraneità di Mevio, con le dovute conseguenze sul piano dell'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza necessari per legittimare l'applicazione di una misura cautelare. Tutto ciò impone l'annullamento dell'ordinanza cautelare che ha costretto Mevio in carcere.

## **2. INSUSSISTENZA DELLE ESIGENZE CAUTELARI DI CUI ALL'ART. 274 C.P.P.**

Anche in punto di verifica della sussistenza delle esigenze cautelari l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari non può in alcun modo essere condivisa.

Il G.i.p. nel caso che ci occupa ha rilevato, *ex* articolo 274 lettera b) c.p.p., un pericolo di fuga connesso *sic et simpliciter* al fatto che l'indagato è di origini straniere, senza peraltro considerare minimamente il fatto che egli risiede da anni in Italia con regolare permesso di soggiorno.

Come noto, il pericolo di fuga deve essere basato su elementi indiziari specifici e concreti che indichino un pericolo reale, effettivo e non meramente congetturale in ordine alla rilevante probabilità che l'indagato si dia alla fuga. Certamente, per raggiungere un tale grado di probabilità, non è sufficiente la constatazione delle origini straniere della persona sottoposta ad indagini, soprattutto nel caso, come quello in esame, in cui l'indagato viva comunque da anni con regolare permesso di soggiorno in Italia, dove ha stabilito la propria residenza e la propria vita.

Quindi, nel caso che ci occupa è di tutta evidenza, sol che si legga l'ordinanza oggi oggetto di riesame, che nessuna specifica valutazione, in ordine a quanto