

Consiglio Superiore della Magistratura

Nona Commissione

Incontro di studio sul tema: ***“La pena: criteri di quantificazione e limiti di effettività.”***

Palermo 28 aprile 2011. *Tribunale di Palermo - Aula Magna Corte di Appello.*

1. La pena come conseguenza della dichiarazione di colpevolezza

L'affermazione per cui la pena consegue al riconoscimento della colpevolezza può apparire talmente scontata da risultare tautologica: è a tutti noto che il trattamento sanzionatorio classico entra in gioco dopo che il giudice, esercitando il suo primario potere discrezionale, avrà accertato e dichiarato la colpevolezza.

Tuttavia qualche riflessione non guasta al fine di sgombrare il campo da alcuni “errori”.

Mi riferisco non solo a quelle fattispecie di reato che nel tempo sono state depenalizzate e che in un certo numero ancora “vagano” nei fascicoli processuali, ma anche ai reati che hanno subito delle modifiche in riferimento al trattamento sanzionatorio così da imporre una attenta valutazione sul trattamento “più mite” concretamente applicabile, tenendo conto dei principi fissati dall'art. 2 co. 3° c.p.¹.

Allo stesso modo si dovrà aver cura al possibile effetto estintivo conseguente alla prescrizione evidentemente legata anche agli eventuali atti interruttivi, valendo in merito le regole di cui agli artt. 157 e ss. c.p. come noto modificate dalla legge 251/05 e, da ultimo, ancora all'attenzione del Legislatore (si veda il disegno di legge sulla c.d. “prescrizione breve”).

Che dire, poi, di quei reati improcedibili per la mancanza iniziale di una valida condizione di procedibilità occorrendo particolare attenzione alla verifica della sussistenza di una rituale querela presentata da un soggetto legittimato e depositata nei termini ex artt. 120 e ss. c.p.; eguale attenzione dovrà essere prestata valutando se la querela sia magari venuta meno nel corso del giudizio in virtù di una remissione espressa o tacita ex art. 152 c.p.

Mi piace al riguardo ricordare le potenzialità di cui all'art. 555, co. 3° c.p.p., che (benché sia una norma pressoché disapplicata) prescrive il potere del giudice, almeno per i procedimenti a citazione diretta, di verificare preliminarmente se il querelante sia disposto

¹ *“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.”.*

a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione; una verifica che, nel silenzio della norma, potrà assumere dei connotati diversi ed anche di indubbio interesse sebbene per lo più legati alla sensibilità di ciascun decidente che intenda approfondire o meno questo ruolo di tipo “conciliativo” tra le parti.

Esclusi tutti quei casi in cui, per motivi sostanziali o procedurali, manchi la dichiarazione di colpevolezza di un soggetto imputabile (artt. 85 e ss. c.p.) e punibile (artt. 44 e ss. c.p.), si pone il problema essenziale della pena, cioè della risposta punitiva che lo Stato appresta secondo un criterio di rigida legalità fissato innanzitutto dalla Carta Costituzionale (art. 25 co. 2).

In questo delicato passaggio è sempre necessario tenere presente il contenuto della contestazione racchiuso nel decreto che dispone il giudizio (o di citazione a giudizio) in quanto, per il principio fondamentale della corrispondenza tra l'imputazione contestata (eventualmente anche a seguito delle contestazioni suppletive o integrative di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p.) e la sentenza (art. 521 c.p.p.), è soltanto su questo contenuto che si deve fondare la condanna e dunque la conseguente pena.

In merito è appena il caso di rammentare che le circostanze aggravanti (compresa la recidiva) devono essere sempre espressamente contestate (in via originaria o nel corso dell'istruzione dibattimentale ex art. 517 c.p.p.) a differenza delle attenuanti delle quali, come noto, il giudice potrà sempre tenere conto (purché ovviamente ne ricorrano i presupposti) specificando anche che la contestazione delle aggravanti non richiede formule sacramentali o il pedissequo richiamo agli articoli di legge che le contemplano, essendo sufficiente che dalla lettura complessiva del capo d'imputazione risulti comunque la volontà di contestarle e la possibilità dell'imputato di difendersi anche sul questo punto dell'imputazione; di contro la formulazione di un'aggravante, operata con il mero richiamo al riferimento normativo e senza un'esplicitazione descrittiva della relativa condotta, non integrerà una contestazione in senso stretto di detta aggravante della quale, conseguentemente, non si potrà tenere conto ai fini della pena.

In alcuni casi, poi, la sussistenza di un'attenuante è condizionata dal riconoscimento di una corrispondente situazione aggravante; segnalo in merito la interessante sentenza della Cassazione sez. 4°, n. 30062 del 20.06.06, dep. il 12.09.06 secondo cui, in riferimento alla concessione della speciale attenuante di cui all'art. 8 L. 203\91, prevista per coloro che si dissociano dalle organizzazioni di tipo mafioso adoperandosi per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, non è di ostacolo il fatto che nel singolo processo manchi una formale contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 7

della citata legge, ovvero per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, venendo in rilievo, invece, che il reato sia stato comunque di fatto commesso in presenza delle condizioni indicate anche se non contestate: muovendo da questo presupposto è stata annullata con rinvio la sentenza che aveva negato l'attenuante di cui al citato art. 8 ad un collaboratore di giustizia, imputato del delitto di illegale detenzione di un'arma, senza verificare se tale detenzione, a prescindere dalla contestazione dell'art. 7 L. 203\91 (che in quel caso mancava) fosse stata utilizzata prima del "pentimento" di quel soggetto nel contesto delle condizioni indicate dall'art. 7.

Sotto altro profilo sarà compito del decidente stabilire se l'imputazione contenga una contestazione unica eventualmente aggravata, ovvero racchiuda più reati distinti, eventualmente in concorso formale (art. 81 co. 1, c.p.) ovvero unificabili in continuazione (ex art. 81 cpv. c.p.) escludendo i casi di concorso apparente di norme.

A questo ultimo proposito si rammenta, a titolo davvero esemplificativo, l'ipotesi della detenzione illegale di più armi in un unico contesto che non costituisce un reato continuato, ma un singolo reato laddove il numero delle armi può rilevare solo ai fini della determinazione della pena (Cass. sez. 6 n. 44420 del 13.11.08 dep. il 28.11.08).

Solo dopo aver così delimitato il campo di decisione, si potrà passare all'irrogazione della pena rammentando che, in virtù del noto meccanismo per il quale la lettura del dispositivo precede la stesura della motivazione, tutte queste valutazioni e riflessioni (così come del resto le altre di cui appresso si parlerà in riferimento alla pena) debbono evidentemente intervenire prima della deliberazione nella camera di consiglio.

2. Criteri di determinazione della pena e motivazione

Il taglio prettamente pratico di questo intervento non consente un approccio teorico sul vasto ed interessante versante delle finalità della pena.

Cercando di individuare a quale registro il nostro legislatore si sia orientato, va subito detto che manca, a livello codicistico, un'indicazione esplicita su dette finalità tanto che la commisurazione della pena sembra la sintesi di un sistema pluridimensionale di valutazioni indicate dalla legge agli artt. 132, 133 e 133 *bis* c.p.

L'unico organico riferimento normativo è quello di carattere costituzionale secondo cui le pene, non solo *“non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”*², ma soprattutto: *“devono tendere alla rieducazione del condannato.”* (art. 27 co. 3 °, Cost.).

Chiarito che la *“rieducazione”* costituisce una finalità (peraltro di difficile se non di impossibile realizzazione se solo si pensa al sovraffollamento delle carceri italiane³) cui deve in ogni caso *“tendere”* la pena, tale principio costituisce una chiave di lettura fondamentale anche rispetto all'art. 133 c.p.

Invero, diversamente da quanto ritenuto in passato, la *“rieducazione”* non attiene soltanto alla fase esecutiva della pena ma, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, entra in gioco direttamente anche nella commisurazione e nella scelta della pena, evidentemente sempre nei limiti fissati dalla legge; ne consegue che la dosimetria della pena non può prescindere dalle necessità rieducative da determinare in relazione alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato.

Ma dalla Carta Costituzionale è possibile trarre altri criteri interpretativi di indubbio rilievo come quello della personalità della responsabilità penale fissato al primo comma della art. 27 e dell'eguaglianza sostanziale (art. 3), principi in forza dei quali la pena, sempre per un fatto proprio e colpevole, deve adeguarsi alla gravità del caso concreto secondo un parametro di congrua proporzione tra la condotta illecita accertata e la sanzione da irrogare.

Tuttavia, anche seguendo dette indicazioni, non è chiaro a quali criteri ci si debba attenere (criterio di retribuzione o di prevenzione speciale), ossia se competa al giudice, ed eventualmente entro quali limiti, la possibilità di operare delle scelte di *“politica criminale”* che, in effetti, proprio in quanto tali, devono spettare al Legislatore per il noto principio di separazione dei poteri.

La verità è che l'art. 133 del c.p. pone soltanto una serie di criteri fattuali che, unitamente al disposto dell'art. 132 c.p., delineano il campo della discrezionalità nell'applicazione della pena intesa come discrezionalità giuridicamente vincolata:

- perché imbrigliata nei limiti edittali fissati dalla legge;
- perché soggetta ai criteri di commisurazione indicati dall'art. 133 citato;

² *“Nessuno può essere sottoposto a torture né a pene o trattamenti inumani o degradanti.”*, così recita l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata dall'Italia con la legge 848/55.

³ Secondo gli ultimi dati del DAP, al 31 gennaio 2011 i detenuti in Italia erano 67.634 (quasi il doppio di venti anni fa), a fronte di una capienza regolamentare di 45.165, con un tasso di sovraffollamento del 149 %, che pone il nostro Paese al terzo posto in Europa, dopo la Bulgaria (155,6 %) e Cipro (152,7).

- perché, soprattutto, soggetta all'obbligo della motivazione della singola scelta nell'ambito dell' "uso di tale potere discrezionale".

Tuttavia va subito detto che ci si muove entro gli ambiti di un'imponente sfera di potere decisionale, non solo perché le oscillazioni fra i valori massimi e minimi edittali sono normalmente vastissimi (spesso il massimo è pari al doppio se non al triplo ed anche oltre rispetto al minimo edittale), ma soprattutto per l'effetto di componenti di tipo sostanziale o procedurale.

Quanto ai primi, cioè agli elementi sostanziali, si pensi alle circostanze aggravanti o attenuanti che, oltre ad apportare delle considerevoli variazioni extra edittali, in taluni casi sono addirittura rimesse alla valutazione discrezionale del giudice che può decidere o meno di considerarle, come avviene per la recidiva (fatta salva soltanto l'eccezione di cui al 5° dell'art. 99 c.p.), o persino di stabilirne il contenuto effettivo perché rimesse ad una valutazione del decidente così da giustificare una riduzione in concreto della pena, come accade per le attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p. definite espressamente come "altre circostanze" diverse da quelle codificate.

Analogamente si pensi al giudizio di bilanciamento ("Concorso di circostanze aggravanti ed attenuanti" ex art. 69 c.p.) che, sempre in virtù di una scelta discrezionale, può portare a delle modifiche assai rilevanti sul *quantum* della pena finale specie da quanto (dal 1974) questo meccanismo opera anche tra le circostanze ad effetto speciale e per quelle che prevedono una pena di specie diversa.

I casi eccezionali in cui non opera il bilanciamento, ovvero opera in modo vincolato, sono adesso indicati dal legislatore⁴.

Sempre in tema di circostanze un notevole margine di discrezionalità entra in gioco nel caso di aumento facoltativo previsto dal comma 4° dell'art. 63 c.p. nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, per cui "... si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla", così come per la diminuzione facoltativa, previsto dal 5° comma del citato articolo, nel caso di concorso di

⁴ Si pensi all'art. 7 della L. 203/91 che nel caso della "aggravante mafiosa" esclude il giudizio di bilanciamento per la gran parte delle attenuanti, per cui "... in questi casi le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.", ovvero il caso, certamente più diffuso, di cui al 4° comma dell'art. 69 c.p. che limita il giudizio di bilanciamento impedendo la prevalenza delle attenuanti nei casi in cui ricorra la recidiva reiterata di cui al 4° comma dell'art. 99 c.p., nei casi di determinazione al reato di persona non imputabile e non punibile ai sensi dell'art. 111 c.p. o, ancora nei casi di determinazione a commettere un reato un minore di 18 anni.

più circostanze attenuanti ad effetto speciale, per cui “... *si applica soltanto la pena meno grave, ma il giudice può diminuirla*”⁵.

Ancora viene in mente la scelta del tipo di sanzione quando il reato è punito con pene alternative di diversa natura (detentiva o pecuniaria), così come la facoltà di aumentare (fino al triplo) o di diminuire (sino ad 1\3) la pena edittale pecuniaria a seconda delle condizioni economiche del reo per rendere efficace la sanzione massima ovvero per non rendere eccessivamente gravosa la pena edittale minima.

Delle situazioni, queste ultime, dettate dal 2° comma dell'art. 133 *bis* c.p., appunto legate alle condizioni economiche, che non integrano delle circostanze in senso stretto⁶ e che devono, pertanto, essere ritenute esenti dal giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p. o dalla regola della necessità della contestazione in riferimento alla possibilità di aumentare la sanzione massima pecuniaria ritenuta in concreto “inefficace”.

Sempre in riferimento a detta possibilità di diminuire fino ad 1\3 le pene pecuniarie per adeguarle alle condizioni economiche del reo, condizioni che devono essere documentate da parte dell'imputato⁷ e che non si possono basare su semplici presunzioni, va specificato che si tratta di una possibilità che trova applicazione nel caso di vera e propria impossibilità, o quantomeno di estrema difficoltà, a soddisfare la pena pecuniaria inflitta⁸.

In altri casi sarà il decidente che potrà persino integrare egli stesso la pena come avviene per i delitti determinati da “*motivi di lucro*” per i quali, qualora la legge preveda soltanto la pena della reclusione, il giudice ha la possibilità, ai sensi dell'art. 24 co. 2, c.p., di aggiungere la sanzione della multa (da 50 a 25.000 euro).

Sempre in tema di sanzioni pecuniarie va ricordato l'istituto del pagamento rateale fissato dall'art. 133 *ter* c.p. che prevede la possibilità, in sede di condanna, di disporre il pagamento della multa o dell'ammenda in rate mensili (da 3 a 30) secondo un potere

⁵ In merito a questi aumenti o diminuzioni facoltativi nel silenzio della legge si ritiene pacificamente che potranno operare nella misura massima di 1\3.

⁶ Vedi Cass. sez. 3° n. 9575 dell'08.10.96 dep. l'08.11.96, anche se in senso apparentemente contrario Cass. sez. 6° n. 43444 del 26.11.10 che definisce “*circostanza attenuante*” la disposizione di cui all'art. 133 *bis* c.p. in riferimento alla possibilità di ridurre la pena pecuniaria eccessivamente gravosa.

⁷ Cass. sez. 6° n. 7989 del 31.05.93 dep. il 24.08.93

⁸ Vedi Cass. sez. 2° n. 29468 del 31.03.09 dep. il 16.07.09 che ha ritenuto che la semplice ammissione al patrocinio a spese dello Stato non può provare l'impossibilità di far fronte alla pena pecuniaria inflitta in quel caso pari a 250,00 euro.

discrezionale deve essere anche questo motivato in virtù dei criteri di cui all'art. 133 *bis* c.p. in relazione alle condizioni economiche del condannato ⁹.

Si pensi, poi, all'aumento massimo e minimo esperibile in caso di delitto tentato ex art. 56 c.p. che varia, per le pene temporanee, da 1\3 a 2\3¹⁰, una oscillazione che dovrà essere essenzialmente legata alla condotta concreta, ossia a quanto gli "*atti idonei*" si siano avvicinati alla soglia della consumazione, ovvero alle ragioni per cui il soggetto agente non abbia portato a termine la sua condotta delittuosa, mettendo concretamente in pericolo il bene giuridico tutelato dalla norma

In relazione al delitto tentativo ¹¹ la pena dovrà preferibilmente calcolarsi secondo il criterio c.d. bifasico, riducendo quella pena che sarebbe stata irrogata in caso di delitto consumato, ovvero secondo il metodo "diretto" o "sintetico", ossia senza operare, come operazione autonoma, la diminuzione sulla pena fissata per la corrispondente ipotesi di delitto consumato ma calcolando direttamente la pena ridotta per il tentativo (Vedi Cass. sez. 1° n. 37562 del 16.05.01, dep. il 17.10.01).

Sempre in tema di delitto tentato si impone l'ulteriore avvertenza per cui, ai fini della determinazione della pena in caso di concorso di circostanze anche ad effetto speciale, deve farsi riferimento alla pena base per il reato consumato e aggravato, qualora il giudizio di comparazione si sia concluso nel senso della prevalenza delle aggravanti, e alla pena base per il reato semplice, allorché il giudizio di comparazione si sia concluso con la equivalenza delle attenuanti, ovvero, ancora, della pena base attenuata nel caso di prevalenza delle attenuanti (Cass. sez. 1° n. 41481 del 21.10.05 dep. il 16.11.05).

Sotto un ulteriore profilo viene in rilievo la disciplina del concorso formale e del reato continuato (art. 81 c.p.) dove si potrà addivenire ad un aumento fino al triplo della sanzione irrogabile per il reato più grave, purché la pena non sia superiore a quella che sarebbe applicabile secondo il cumulo materiale delle singole pene.

⁹ Una motivazione in mancanza della quale si determinerà la necessità, in sede di gravame, di annullare la relativa disposizione con la conseguenza che la sanzione dovrà essere pagata in un'unica soluzione (Cass. sez. 3° n. 5010 del 18.11.09 dep. il 09.02.10).

¹⁰ In caso di reati puniti con l'ergastolo la pena per il tentativo sarà calcolabile da 12 a 24 anni di reclusione in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 56 e 23 c.p.

¹¹ Che da dottrina e giurisprudenza viene pacificamente considerato come una figura autonoma di reato delineata dalla combinazione della norma incriminatrice specifica e della disposizione contenuta nell'art. 56 c.p.

In merito, se normalmente l'aumento minimo potrà essere anche pari ad un giorno di pena detentiva, salvo la necessità di rispettare il minimo edittale previsto per il reato satellite ¹², non va dimenticato che a seguito della legge ex Cirielli in caso di recidiva ex art. 99 comma 4 c.p. l'incremento per la continuazione o per il concorso formale non potrà essere inferiore ad 1\3 della pena stabilita per il reato più grave, fatto sempre salvo il divieto di superare il cumulo delle pene risultanti dalle condanne precedenti.

Il potere discrezionale interviene anche, ed anche in questo settore in modo predominante, nel momento in cui si applicano le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi, ex art. 53 e ss. L. 689\1981, secondo parametri che, muovendo dai criteri di commisurazione dell'art. 133 c.p., devono portare a scegliere la pena sostitutiva "*più idonea al reinserimento sociale del condannato*", seppure entro i limiti fissati dalla legge e nella previsione, evidentemente anche questa discrezionalmente valutata, che le prescrizioni saranno adempiute dal condannato (vedi l'art. 58 della legge citata).

Al riguardo si segnala che, pur potendo beneficiare della sostituzione in pena pecuniaria colui che si trovi in disagiate condizioni economiche, il giudice potrà fondatamente respingerne la richiesta nel caso in cui, sulla base di elementi di fatto, sia possibile esprimere un giudizio sulla solvibilità del reo con prognosi negativa in ordine alla capacità di adempire ¹³.

Sempre in tema di sostituzione di pene detentive brevi, è appena il caso di rammentare che, a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 134\03, non solo sono stati aumentati i limiti per accedere alla sostituzione (2 anni: semidetenzione, 1 anno: libertà controllata, 6 mesi: pena pecuniaria della specie corrispondente) ma il giudice, nello stabilire in sentenza l'ammontare della pena pecuniaria, appunto nel caso in cui si acceda alla pena sostitutiva equivalente, ha il compito di fissare, in concreto, il valore giornaliero cui può essere assoggettato il singolo imputato da moltiplicare per i giorni di pena detentiva sostituita, tenendo conto delle condizioni economiche del reo e del suo nucleo familiare e potendo oscillare detto valore giornaliero entro un margine minimo a massimo alquanto ampio: non

¹² "*In tema di reato continuato, in caso di pluralità di reati sanzionati con pena di identica specie, ove l'uno sia punito con pena più elevata nel massimo e l'altro con pena più elevata nel minimo, non è possibile irrogare una pena inferiore alla pena base minima prevista per uno dei reati unificati*" Cass. sez. 5 n. 12473 dell'11.02.10 dep. il 30.03.10

¹³ Così Cass. sez. 3 n. 39495 del 19.09.08 dep. il 10.09.08 che, tra gli elementi valutabili, ha indicato l'irreperibilità o la mancanza di una fissa dimora dell'imputato, ovvero la circostanza che si tratti di un soggetto nulla facente o dichiaratamente impossidente tanto da avere ottenuto l'ammissione al gratuito patrocinio.

inferiore ad euro 38,73 e non maggiore ad euro 387,30 (vedi l'art. 53 L. 689\81 che richiama l'art. 135 c.p.).

Se i superiori richiami, peraltro non esaustivi, fanno comprendere in quanti molteplici campi e in quali diverse forme si può estrinsecare il potere discrezionale del giudice nella quantificazione, nella scelta e nella modulazione della pena, anche il versante "processuale", cioè legato alle scelte sui riti, determina delle indubbie ricadute sul trattamento sanzionatorio e sui poteri discrezionali del giudice.

Così avviene per il decreto penale di condanna per il quale può essere indicata una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo editale (artt. 459 e ss. c.p.p.); analogamente nell'applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 e ss. c.p.p.) per la quale, come noto, la riduzione può giungere fino ad $\frac{1}{3}$ (anche se va ricordato che per effetto di questa riduzione non si può scendere al di sotto dei limiti fissati dagli artt. 23, 24, 25 e 26 c.p.) ed ancora per il giudizio abbreviato.

In quest'ultimo caso, se la riduzione della pena è fissa, cioè pari ad $\frac{1}{3}$, la discrezionalità del giudice potrà tornare in rilievo nel caso di richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad un'integrazione probatoria; se il giudice dovrà pronunciarsi in riferimento alla "necessità" di tale integrazione istruttoria ed alla compatibilità della stessa con "*le finalità di economia processuale del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti*", è evidente che detta ammissione comporterà delle pesanti ricadute sul trattamento sanzionatorio nel caso in cui si dovesse poi riconoscere la colpevolezza (con un abbattimento della sanzione finale di $\frac{1}{3}$).

In presenza di una così vasta ed articolata sfera di discrezionalità, i cui effetti sono destinati peraltro a sommarsi tra loro nei casi, assolutamente frequenti, in cui i diversi istituti sostanziali e procedurali si combinano tra di loro, è evidente che sono destinati a moltiplicarsi gli interrogativi sui parametri concreti da seguire per la determinazione giudiziaria di una pena "giusta".

Sebbene parte degli interpreti abbiano cercato di individuare una scala di valori nei parametri di cui all'art. 133 c.p., dando la preferenza alla "gravità del reato" e considerando solo in un secondo momento la "capacità a delinquere", in verità non sembra che si possa pervenire a delle risposte certe poiché manca, come anticipato, una chiara individuazione dei criteri finalistici della condanna.

Sul piano pratico gli indirizzi giurisprudenziali non consegnano delle certezze univoche anche se è assolutamente prevalente l'affermazione secondo cui la pena deve essere innanzitutto proporzionata alla gravità della condotta (attiva o omissiva) ed alla

colpevolezza del soggetto secondo uno schema retributivo (gravità complessiva del fatto), una valutazione alla quale si deve combinare poi la valutazione sulla capacità a delinquere in una chiave costituzionalmente orientata, ossia tesa alla rieducazione del condannato (funzione preventiva speciale in chiave risocializzante).

Decisamente meno condivisibili sono le interpretazioni che valorizzavano la finalità di prevenzione generale, giungendo a teorizzare “condanne esemplari” da evitare sempre ed in termini assoluti poiché contrastano con il principio costituzionale della responsabilità penale personale¹⁴.

Ma al di là di questi riferimenti è indubbio che il potere discrezionale rimane vastissimo e sostanzialmente affidato alla sensibilità del singolo giudice il quale, non di rado, rischia di decidere istintivamente ed intuitivamente sulla pena.

Un fenomeno aggravato anche dal fatto che, non di rado, non è possibile neanche cogliere appieno quale sia stato l'esatto iter logico che ha guidato il potere discrezionale poiché ci si confronta sovente con motivazioni stringate se non apparenti che, mediante l'uso di formule stereotipate (“pigre formulette”) ricalcano più o meno fedelmente il dettato normativo (“*appare congrua*”, “*adeguata*”, “*equa*” ecc.) senza entrare effettivamente nel merito delle scelte operate.

Questa tendenza ha in parte finito per trovare, forse per la diffusione del fenomeno e per la complessità della materia, un sostanziale avallo de parte della giurisprudenza di legittimità che non richiede, ad esempio, la analitica indicazione di tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p., ma soltanto di quello o di quelli ritenuti prevalenti o assorbenti rispetto agli altri.

Sotto altro profilo è stato ritenuto legittimo anche il semplice riferimento a tutti indistintamente i criteri normativamente fissati, purché la pena si attenga a valori prossimi a quelli medi edittali: “*La specifica e dettagliata motivazione in ordine alla quantità di pena irrogata, specie in relazione alle diminuzioni o aumenti per le circostanze, è necessaria soltanto se la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale, potendo altrimenti essere sufficienti a dare conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 c.p. le espressioni del tipo: “pena congrua”, pena equa” o congruo aumento*”, come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere” (Cass. sez. 2° n. 36245 del 26.06.09 dep. il 18.09.09).

Quest'ultima massima è interessante poiché, stando almeno ad un ragionamento teorico, la pena astrattamente “congrua” per una caso di normale entità e gravità, cioè riferita

¹⁴ Ciascuno può essere chiamato a risponde del fatto proprio e non per astratte (e spesso mutevoli) logiche di politica giudiziaria.

all'oggettiva qualità e quantità anti-giuridica del fatto, dovrebbe corrispondere alla media aritmetica tra il massimo ed il minimo edittale poiché deve ritenersi che il legislatore, nel fissare una pena tra un massimo e minimo, ha ritenuto che nel caso "normale", ossia non particolarmente grave né particolarmente modesto, deve valere la misura media.

In verità (e fortunatamente) non è così e, semmai, l'unica tendenza che si registra è quella che porta ad applicare la pena minima o comunque prossima ai valori minimi edittali, come si può cogliere dalla seguente datata massima: *"Nel caso in cui la pena sia stata irrogata in misura di poco superiore al minimo edittale, non è richiesta specifica motivazione dovendosi escludere che il relativo potere discrezionale del giudice di merito sia degenerato in arbitrio"*. (sez. 3° 11.11.87, R. pen. 88, 952).

Sebbene a giustificazione di questa tendenza si richiami solitamente il fatto che il nostro sistema penale risente ancora, ed almeno in parte, della severa impostazione punitiva prevista dal sistema fascista previgente a quello repubblicano, in effetti la tendenza ad applicare i minimi vale anche in riferimento alle normative più recenti che nulla hanno a che spartire con i trascorsi storici della nostro Paese; si pensi ai reati in tema di stupefacenti regolati dal DPR 309/90, da ultimo riformati nel 2006, per i quali sono previste sanzioni davvero consistenti anche nei minimi (per l'art. 73 comma 1°: da 6 a 20 anni di reclusione e la multa da 26.000 a 260.000) peraltro non distinguendo neppure più tra le droghe c.d. leggere e quelle c.d. pesanti.

Ma se, in effetti, in alcuni casi le pene, per retaggi storici o per specifiche politiche giudiziarie, pongono dei problemi di proporzione della sanzione rispetto al caso concreto, è indubbio che anche la tendenza ad accedere ai minimi lascia aperte certe problematiche.

A tal fine va ricordato come, forse anche in risposta ad una generalizzata tendenza indulgenzialistica, gli ultimi interventi normativi siano stati pressoché univocamente diretti a limitare il potere discrezionale del decidente al fine di inasprire il trattamento sanzionatorio finale.

Si pensi agli importanti "ritocchi" in tema di recidiva, inseriti dalla legge c.d. ex Cirielli con l'introduzione di aumenti nella maggior parte dei casi predeterminati in maniera fissa dal legislatore, se non prevedendo delle ipotesi di aumenti obbligati sia pure in riferimento alla recidiva per determinate categorie di gravi reati (esattamente quelli elencati nell'art. 407 comma 2, lett. a) c.p.p.).

Lo stesso vale per le circostanze attenuanti generiche la cui concessione, in virtù della novella introdotta dal D.L. 92\08, convertito con modificazioni nella legge 125\08, non potrà adesso essere più legata esclusivamente all'incensuratezza dell'imputato.¹⁵

In presenza di uno scenario normativo complesso ed in continua evoluzione, l'unico parametro al quale il decidente deve ancorarsi è quello della motivazione intesa, non solo come enunciazione del meccanismo giuridico (spesso complesso e pieno di tecnicismi) attraverso il quale si addivene a quella specifica pena finale, ma anche come momento di esplicitazione della corretto utilizzo del potere discrezionale.

Viceversa è notorio che sovente questo onere motivazionale, benché espressamente previsto dalla legge (art. 132 co. 1 c.p. "*il giudice ... deve indicare i motivi che giustificano tale potere discrezionale*"), viene di fatto eluso quasi che il giudice, dopo aver compiuto lo sforzo di motivare sulla colpevolezza dell'imputato, giunga "esausto" al momento della determinazione della pena irrogata in riferimento a parametri che risultano poco chiari, se non del tutto oscuri.

La motivazione anche del pena assolve del resto a quella duplice fondamentale funzione che le è propria, essendo tesa da un lato a giustificare all'esterno, nei confronti principalmente dell'imputato stesso, delle parti offese, dei soggetti coinvolti nel reato, nonché, persino, dell'opinione pubblica, la ragione di quella pena, nonché a giustificare a livello interno il ragionamento in virtù del quale si addivene a quella sanzione, così da consentire un mirato vaglio da parte dei giudici del gravame anche su questo fondamentale aspetto.

Evidentemente, non è tanto importante destinare una specifica sezione della sentenza alla pena, purché dal complesso della motivazione emerga comunque, anche con richiami illustrativi che facciano chiarezza, a quali criteri tra quelli indicati dal legislatore (artt. 133 e ss. c.p.) il giudice si sia adeguato, ovvero perché abbia dato la prevalenza a questo o quell'altro parametro per addivenire ad una pena che sia congrua non solo perché viene così definita in sentenza.

Certamente in alcuni casi questo onere motivazionale sarà oggettivamente limitato per l'essenza stessa del processo, se non condizionato dalla mancanza degli opportuni elementi di conoscenza come può avvenire, ad esempio, per un imputato contumace del quale si abbia conoscenza soltanto per la commissione di quel reato che viene contestato senza che

¹⁵ Una norma, quella che ha modificato l'art. 62 bis c.p., di carattere sostanziale e, dunque, ritenuta applicabile solo per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della citata modifica.

emerga una valutazione delle ragioni della condotta illecita commessa e del contesto in cui essa è maturata.

In casi come questi, indubbiamente, il giudice non potrà tener conto della “capacità a delinquere” se non in riferimento al limitato parametro dei precedenti penali iscritti nel certificato del casellario, spesso l’unica fonte indirizzata a caratterizzare la personalità del reo anche se ormai in chiave “punitiva”, almeno stando agli ultimi interventi normativi, cui sopra si accennava, in tema di inasprimento dell’istituto della recidiva e di riforma delle attenuanti generiche (ormai non più concedibili in base alla sola incensuratezza).

Viceversa, qualora il processo consenta di conoscere l’autore del reato nelle sue più intime sfaccettature legate al suo “*carattere*” ed ai “*motivi a delinquere*” (art. 133 co. 2 n. 1), in generale alla sua “*condotta*” ad alla “*vita antecedente*” (*ibidem* n. 2), alla sua “*condotta contemporanea e susseguente al reato*” (*ibidem* n. 3), alle sue “*condizioni di vita individuale, familiare e sociale*” (*ibidem* n. 4), è giusto che di questi parametri il decidente tenga conto sia pure congiuntamente ai “*precedenti penale e giudiziari*” per aumentare o diminuire la sanzione dandone opportuna esplicitazione nella motivazione.

Per esempio si reputa che correttamente, nel giudizio volto alla commisurazione della pena e all’applicazione delle circostanze attenuanti generiche, può assumere rilievo, in riferimento al parametro della capacità a delinquere, il fatto che l’imputato abbia violato una misura cautelare (Cass. sez. 5° n. 11920 del 26.10.10, dep. il 26.03.10); mentre, al contrario, la circostanza che la misura cautelare sia stata rispettata non dovrebbe costituire di per sé solo un elemento “di favore”, almeno nella commisurazione della pena, dal momento che eventuali trasgressioni, se non integrano addirittura autonome fattispecie di reato (come nel caso dell’evasione dagli arresti domiciliari), vanno normalmente sanzionate con l’aggravamento della misura cautelare stessa.

Sotto altro profilo dovrebbero essere valorizzate e premiate, sempre ai fini del concreto trattamento sanzionatorio, quelle condotte che siano tese alla soddisfazione degli interessi della vittima del reato.

Alla tesi tradizionale, secondo cui tali esigenze - ed in genere tutte le misure che vanno in favore delle vittime - rappresenterebbero un problema civilistico, riconoscendo quali finalità proprie della pena soltanto quelle retributive, di prevenzione speciale e di prevenzione generale cui sopra si accennava, si vanno affiancando nuove prospettive tese a valorizzare le finalità di “*pacificazione sociale*” perseguibile attraverso la “*riparazione*” nell’ambito della stessa sanzione penale o come forma alternativa alla pena tradizionalmente intesa e, comunque, che valorizzano la condotta *post factum*.

Da queste premesse muovono quelle teorie, più recenti, che delineano un modello di giustizia penale diverso da quello tradizionale, che tende alla composizione privatistica del conflitto volto, nei limiti del possibile, alla conciliazione, un'opzione adesso applicabile per i reati meno gravi di competenza del Giudice di Pace o procedibili a querela di parte, ove si può tentare un simile intervento di mediazione.

Ma al di là di questi casi, c'è da chiedersi che ruolo giochi la vittima del reato nel momento in cui il giudice deve esercitare il suo potere discrezionale nel determinare la sanzione nei limiti minimi e massimi fissati dalla legge.

Si è detto che nel nostro sistema le finalità proprie della sanzione sono orientate verso scopi tradizionalmente diversi rispetto a quelli di soddisfazione degli interessi della vittima; tuttavia è pur vero che l'art. 133 al co. 1 n. 2) c.p. fa desumere la gravità del reato anche dalla *“gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato”*, ossia deve esistere una proporzione tra l'entità del danno, o del pericolo sofferto dalla vittima, e la pena.

Ancora più emblematica è la norma che considera, questa volta al fine di stimare la capacità a delinquere, la condotta del reo non solo contemporanea ma anche susseguente al reato, dovendosi comprendere in quest'ultima anche quelle condotte che vanno in favore delle persone offese o che sono, comunque, coinvolte nel reato, delle condotte che possono essere emblematiche di un favorevole stato psicologico e di un mutato atteggiamento interiore del reo.

Se la *ratio* della norma è certamente orientata a valorizzare in chiave soggettiva la condotta dell'imputato, si può affermare che la disposizione in commento apra la strada a interessanti iniziative di tipo risarcitorio che possono avere rilievo anche al di fuori degli stretti limiti dettati dall'art. 62 n. 6 c.p.

Si pensi, ad esempio, alla rilevanza che si può dare al fatto che l'imputato, dopo il tassativo termine dell'apertura del giudizio, provveda a riparare il danno mediante il risarcimento di esso o mediante le restituzioni: in questi casi di *“risarcimento tardivo”*, se non si potrà dar luogo all'attenuante comune del richiamato art. 62 n. 6 c.p., egualmente la situazione potrà essere vagliata con favore nel computo della sanzione penale anche al fine di stimolare e valorizzare queste condotte che si pongono in termini sicuramente favorevoli per le parti offese.

Nello stesso senso vanno viste quelle iniziative dell'imputato che non riescano a coprire per intero il danno arrecato (*“risarcimento parziale”*) ma che egualmente consentono di reintegrarne parte di esso magari con un effetto che va anche al di là di quanto

concretamente pagato o restituito; ancora una volta se non opererà l'attenuante del risarcimento del danno (subordinata come noto all'avvenuta integrale refusione), certamente una condotta di questo tipo (successiva al reato) potrà essere considerata nella giusta misura nella dosimetria della pena.

D'altro canto le prospettive che le iniziative susseguenti al reato possono aprire sono molteplici potendo anche pensare a dei casi in cui si realizzino delle forme di mediazione conciliazione vittima- reato che consentano una concreta risposta, se non in termini di remissione della querela, laddove i reati siano procedibili d'ufficio, quantomeno nel computo della pena.

Vengono in rilievo quella categoria di reati che incidono sulla famiglia dove la "riconciliazione" tra le parti o comunque il mutato atteggiamento del colpevole (purché sia sincero e non soltanto funzionale per mitigare, a scopi utilitaristici, la pena finale) modifica profondamente l'assetto della situazione e l'essenza stessa del reato; lo stesso può valere nei casi in cui l'imputato manifesti un effettivo e franco pentimento intraprendendo delle iniziative anche simboliche (come può essere la stesura di una lettera di scuse o altre simili) in favore della vittima, ossia delle azioni che, al di là dei risarcimenti monetari, possono in alcuni casi essere dimostrative di una "*condotta susseguente al reato*" meritevole comunque di favorevole considerazione secondo il parametro della capacità a delinquere.

Cercando di approfondire un aspetto particolare, merita cenno la questione del computo della pena nei reati colposi.

In questo caso è evidente che il criterio maggiormente peculiare sarà quello legato alla definizione in concreto del "*grado della colpa*" intesa come la distanza della condotta colposa concretamente assunta e quella esigibile presa a riferimento.

Se, infatti, punendo la condotta colposa si rimarca un addebito per aver realizzato (o contribuito a realizzare) involontariamente un fatto attraverso la violazione di determinate regole comportamentali, si deve necessariamente fare riferimento a delle categorie astratte di "agenti modello".

Nei casi di colpa specifica, per inosservanza di "*leggi, regolamenti, ordini o discipline*", il grado della colpa sarà normalmente di più facile definizione poiché il compito dell'interprete sarà indirizzato essenzialmente a registrare di quanto la condotta del colpevole si sia allontanata dal precetto scritto; così, ad esempio, in tema di circolazione stradale il grado di colpa nella determinazione dell'incidente, e dunque la misura della pena, sarà diverso a seconda della maggiore e minore entità della velocità tenuta oltre il

limite previsto per quel tratto stradale, fermo restando che si dovrà tener conto anche dell'eventuale concorso colposo della persona offesa o di altri soggetti comunque coinvolti nell'episodio (secondo lo schema di ripartizione delle colpe) sempre ai fini di stabilire una pena congrua per il singolo imputato.

Nei casi, invece, di colpa generica, ovvero legata ai noti concetti di imprudenza, negligenze ed imperizia, già l'individuazione dell'agente modello di riferimento sarà spesso complicata, e ciò anche per graduare la relativa pena una volta accertata la colpevolezza.

Come noto la standardizzazione non può fare riferimento ad un'unica persona o ad un unico modello, capace in qualsiasi settore di attività, una sorta di "esperto universale", bensì ad una pluralità di modelli sperimentali e sperimentabili, a seconda della diversa attività svolta, distinguendo le diverse specializzazioni ed il livello di conoscenze raggiunto in queste (*homo eiusdem professionis et condicionis*).

Nel campo medico, ad esempio, proprio l'altissima specializzazione di tale attività professionale, dovrà essere ricercata la "professionalità media" del caso specifico.

Verranno così in rilievo il grado di specializzazione del soggetto operante ed, in seno a ciascuna specializzazione i diversi *standards* di preparazione; si dovrà tener conto anche della struttura in cui l'operatore si è trovato ad intervenire e delle disponibilità di mezzi necessari o semplicemente utili per orientare il percorso conoscitivo, diagnostico e terapeutico, così come se l'intervento giudicato colposo sia avvenuto o meno in una situazione di emergenza-urgenza.

Anche nel computo della pena per le condotte mediche colpose affidarsi alle prassi mediche o ai cosiddetti "protocolli comportamentali" rappresenterà un modello corretto anche se, al di là dell'utilizzo di formule concettuali astratte, la difficoltà pratica è proprio quella di individuare concretamente tali modelli di riferimento utili per giudicare il caso concreto, ricerca che si complica enormemente quando la questione non sia di *routine* ma implichi la soluzione di problematiche complesse che magari coinvolgono contemporaneamente diverse specializzazioni e branche mediche, per arrivare fino ai casi di patologie di eccezionale difficoltà.

Andrà poi considerato se l'attività viene svolta o meno in *equipe*, cercando di individuare il ruolo di ciascuno all'intero del suo specifico settore di intervento: così potrà essere diversamente graduata la pena per il primario rispetto al medico specializzando che concorrano entrambi nella stessa condotta colposa.

Il rischio, non inconsueto, è che, anche attenendosi scrupolosamente ai doveri di diligenza, prudenza e perizia, rimarrà ampio il margine di discrezionalità tecnica lasciata alla valutazione ed alla sensibilità del singolo operatore medico; certi casi, poi, possono rimanere dibattuti nella stessa scienza medica ed aprire diversi ed incompatibili sistemi diagnostici, terapeutici o di tecnica chirurgica.

In merito va accennato che in campo civilistico vale la regola, dettata dall'art. 2236 del codice civile, per cui: *“Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave”*.

La ragione della norma è stata ritenuta quella di *“non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso”*, ed in queste ipotesi il medico potrà rispondere (oltre che evidentemente per dolo) per imperizia determinata dai soli casi di “colpa grave”, che si sostanzia nell'errore grossolano che trova origine o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e di base attinenti alla professione o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali che non può mai mancare in campo medico.

Il problema interpretativo che si è posto è quello di stabilire se una limitazione di responsabilità nei termini suddetti (solo per colpa grave) possa valere anche nel campo della colpa penale, dove non esiste una norma analoga all'art. 2236 c.c.

Se, per evidenti ragioni di sintesi, non può essere dettagliata l'evoluzione giurisprudenziale, tra chi sostiene e chi contraddice l'applicazione analogica di tale precetto di “favore” nei processi penali, va sinteticamente precisato che in realtà ciò che si richiede al singolo medico non è una condotta eccezionale ma, più semplicemente, un livello di “intervento” che si attagli al parametro della concreta esigibilità secondo i precetti delle diligenza, prudenza e perizia, il tutto riferito ai dettami della migliore scienza ed esperienza del momento.

In sostanza l'art. 2236 c.c. non è un altro, diverso, metro di valutazione della colpa, proprio del diritto civile, ma un mero chiarimento, una sorta d'indicazione di non sanzionare, in assenza di un grave addebito, qualora ricorrano problemi di particolare complessità.

Sicché, non sarà necessario soppesare aprioristicamente il grado della colpa per poi fare riferimento a questo o quel modello astratto normativo, bensì il processo metodologico dovrebbe essere concettualmente opposto, tenendo conto del fatto così per come si è svolto.

Ma così facendo non si introduce un limite normativo esterno al sistema penale ma, più semplicemente, si dà concreta attuazione al concetto di imperizia valido in via generale che deve tener conto di alcuni fattori di accertamento, primo tra tutti la regola elementare per cui la responsabilità va rapportata alla concreta difficoltà del caso, per cui l'esigibilità della condotta varia a seconda delle specifiche condizioni concrete.

Brevissimamente va aggiunto che la questione del limite della "colpa grave", come sopra definita, attiene soltanto, ed in ogni caso, al parametro della perizia e mai alla prudenza e diligenza che non possono mai difettare, anche e specie quando l'intervento medico sia particolarmente complesso.

Così anche nel caso di intervento o di accertamento medico estremamente difficoltoso non sarà mai giustificabile la condotta del sanitario che comprometta il risultato perché, ad esempio, per sua negligenza non rispetti il turno di servizio o con condotta imperita scambi involontariamente una provetta per un'altra, mentre la valutazione ex art. 2236 c.c. potrà entrare in rilievo (nei limiti di cui sopra) rispetto a quegli elementi tecnici di elevata complessità professionale che suggeriscano una metodica con degli inevitabili fattori di rischio se non addirittura degli interventi innovativi.

3. Criteri di determinazione delle circostanze del reato

Tra le molteplici problematiche che vengono in rilievo in riferimento alle circostanze del reato, quello legato ai criteri di determinazione assume un aspetto nevralgico in rapporto, ancora un volta, al potere discrezionale del giudice.

Occorre, infatti, interrogarsi fino a che punto la valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti segua un percorso valutativo distinto rispetto a quello dettato nella commisurazione della pena tra il minimo ed il massimo edittale e fino a che punto, invece, possano esserci delle interferenze tra questi elementi di giudizio complessivamente valutati.

Se, infatti, in virtù del principio del "*ne bis in idem*" sostanziale non si potrà valutare più volte il medesimo elemento per calcolare la pena, questo parametro dovrà essere opportunamente modulato in riferimento alle situazioni specifiche.

Così, ad esempio, si è ritenuto che in un caso di omicidio volontario determinato da un particolare comportamento della vittima, che in pratica da tempo insidiava la figlia ed il convivente dell'imputato, non potessero ricorrere congiuntamente la circostanza attenuante dell'aver agito per "*motivi di particolare valore morale e sociale*" (di cui all'art. 62 n. 1

c.p.) e l'attenuante dell' *"avere agito in stato d'ira, determinato dal fatto ingiusto altri"* (di cui all'art. 62 n. 2 c.p.) poiché in quel caso i dati processuali valevano esclusivamente ad integrare la provocazione che assorbiva in concreto gli elementi anche dell'altra attenuante (Cass. sez. 1° n. 29929 dell'08.07.10 dep. il 29.07.10).

Nello stesso senso vanno lette quelle pronunce che non consentono di utilizzare a fondamento della concessione della circostanza attenuante ad effetto speciale della cosiddetta "dissociazione attuosa", prevista dall'art. 8 L. 203\91, una seconda volta anche per giustificare il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, perché ciò condurrebbe ad un'inammissibile ripetuta valorizzazione dei medesimi elementi¹⁶.

Ma la regola per cui non può tenersi conto due volte dello stesso elemento a favore o contro il colpevole non si applica quando tale elemento non è l'unico rilevabile dagli atti, non è ritenuto assorbente rispetto agli altri ed influisce su diversi aspetti della valutazione, ben potendo un dato polivalente essere utilizzato, più volte, sotto differenti profili per distinti fini e conseguenze, come il riconoscimento di una circostanza, il giudizio di bilanciamento con altre di segno opposto e la determinazione della pena; viene a tal fine in rilievo quella fattispecie, decisa dalla Suprema Corte, 1° sez. con la sentenza n. 1376 del 28.10.97 dep. il 05.02.98, in cui è stato ritenuto legittima l'utilizzazione, da parte dei giudici di merito, degli elementi giustificativi delle attenuanti generiche anche nel giudizio di comparazione e nella graduazione della pena.

In termini non dissimili le Sezioni Unite si sono da ultimo espresse (con sentenza del 24.06.10 depositata il 05.10.100) riguardo alla controversa questione della compatibilità o meno tra l'aggravante di cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età, ex art. 80 comma 1° lett. a) DPR 309\90, e l'attenuante del fatto di lieve entità di cui al 5° comma dell'art. 73 dello stesso DPR, ritenendo che queste due circostanze siano tra loro compatibili essendo l'una (la circostanza aggravante), legata all'indubbio disvalore della condotta delittuosa in riferimento al dato dell'età del soggetto che riceve la sostanza, mentre l'altra (la circostanza attenuante) legata alla minima offensività penale della condotta deducibile dagli elementi concernenti l'azione (mezzi, modalità e circostanze della stessa), sia da quelli che attengono all'oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa); in virtù di queste premesse si è ritenuta immune da censure la decisione del giudice di merito che aveva riconosciuto la

¹⁶ Così Cass. sez. 5° n. 3474 del 13.07.10, dep. il 23.09.10; sullo stesso tema vedi anche Cass. sez. 6° n. 20145 del 15.04.10 dep. il 27.05.10 secondo cui: *"In tema di reati di criminalità organizzata, il riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 8 D.L. n. 152 del 1991 non implica necessariamente, data la diversità dei relativi presupposti, il riconoscimento delle attenuanti generiche, le quali si fondano su una globale valutazione della gravità del fatto e della capacità a delinquere."*

circostanza di cui al citato 5° comma ad un imputato che aveva ceduto ad un minore un grammo di hashish, una cessione peraltro avvenuta senza particolari accorgimenti e all'esito di richieste telefoniche facilmente controllabili dalle forze dell'ordine¹⁷.

D'altro canto in presenza di un elemento che abbia un'incidenza davvero dirimpente (in senso negativo o positivo) sarà difficile evitare che questo stesso elemento non incida nei diversi passaggi in cui si articola il potere discrezionale nella commisurazione della pena.

Il rischio è, evidentemente, quello di violare il principio di "*ne bis in idem*" sostanziale come può avvenire, ad esempio, nel caso dei reati in tema di stupefacenti laddove la lieve entità del fatto, legata alla modesta quantità di principio attivo drogante, venga valutato due volte, ed in modo acritico, per riconoscere (come corretto) l'attenuante di cui al 5° comma dell'art. 73 DPR 309/90, nonché, anche, per riconoscere (in modo questa volta non corretto) le circostanze attenuanti generiche sempre sul solo presupposto dell'esiguità del dato ponderale dello stupefacente.

Si pensi, ancora, al caso del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche che non necessariamente deve essere legato alla tenuità del fatto di reato, ben potendo entrare in rilievo altri autonomi parametri di valutazione.

Così, è stata considerata legittima la decisione con la quale era stata applicata la pena nel massimo edittale e, contestualmente, le circostanze attenuanti generiche ritenendo che non sussista un rapporto di necessaria interdipendenza tra le due statuizioni, le quali - pur richiamandosi astrattamente ai criteri fissati dall'art. 133 c.p. - si fondano su presupposti diversi per cui l'applicazione delle generiche non implica necessariamente un giudizio di non gravità; in virtù di tale premessa la Cassazione (sez. 5° n. 12049 del 16.12.09, dep. il 29.03.10) ha ritenuto legittima la decisione con cui il giudice di merito aveva concesso le circostanze attenuanti generiche in virtù di un corretto comportamento processuale

17

In merito si segnala quell'orientamento giurisprudenziale per cui l'interpretazione della disposizione del citato comma 5° art. 73 deve tener conto di tutti i parametri sintomatici ricavabili dalla lettera della norma, sia quelli concernenti l'azione (mezzi, modalità e circostanze della stessa), sia quelli che attengono all'oggetto materiale del reato (quantità e qualità delle sostanze stupefacenti oggetto della condotta criminosa), e confrontarsi, altresì, con i limiti massimi di pena previsti dal sistema sanzionatorio, in particolare quelli relativi alle ipotesi c.d. ordinarie (o non attenuate) di cui all'art. 73 DPR 309/90; poiché l'ipotesi "*lieve*" prevede una pena che può ritenersi già considerevolmente elevata (reclusione da 1 a 6 anni e multa da 3.000,00 a 26.000,00), possono dunque adottarsi criteri non eccessivamente "severi" per la sua applicazione (cfr. Cass. sezione VI, 14.06.1994, n. 6887, Vizza, nonché Cass. pen. sez. IV, 21.11.2007 n. 47188).

dell'imputato pur fissando la pena base nel massimo edittale per la particolare gravità del caso¹⁸.

Riguardo alla facoltà discrezionale di riconoscere le circostanze attenuanti generiche è notorio come gli ambiti siano molteplici e multiformi dovendosi tuttavia sempre rammentare che non si tratta di una benevole (ed arbitraria) concessione da parte del giudice ma tale "concessione" deve avvenire in conseguenza del ragionato riconoscimento dell'esistenza di elementi di segno positivo, suscettibili di positivo apprezzamento nel caso specifico.

In questa valutazione il giudice potrà limitarsi a prendere in esame, tra gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., quello che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il riconoscimento del beneficio, sicché anche un solo elemento attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può essere sufficiente in tal senso¹⁹.

Viene solitamente in rilievo il dato riferito al "comportamento processuale" che non deve essere necessariamente limitato alla confessione in senso stretto, ma che può estendersi alla valutazione di certe condotte "collaborative" volte, ad esempio, a favorire l'iter processuale.

Certamente, tra i comportamenti a tal fine rilevanti, non potrà tenersi conto della contumacia (è notorio che nel nostro ordinamento l'imputato ha soltanto la facoltà di presenziare al processo), così come saranno irrilevanti le scelte processuali sui riti alternativi al dibattimento che, benché prevedano degli indubbi accorciamenti sui tempi processuali, sono già premiati dalla legislazione di settore.

Di contro la scelta di un rito alternativo, come il giudizio abbreviato, non potrà mai essere di ostacolo al riconoscimento delle generiche, di cui pure l'imputato sia in concreto meritevole, solo perché la pena finale può apparire "incongrua" per effetto del duplice abbattimento (legato cioè alle attenuanti generiche ed alla scelta sul rito), dovendo in merito ricordare che, proprio nel giudizio abbreviato, la pena finale sarà sempre necessariamente incongrua di 1\3, ma ciò è fisiologico derivando dalla scelta legislativa che ha previsto detto procedimento speciale con conseguenze premiali per il condannato.

¹⁸ Un tassista che, pretendendo di effettuare un servizio di trasporto per il quale era stato prenotata altra vettura, colpisce al volto il dipendente dell'albergo che aveva effettuato la prenotazione arrecandogli lesioni e con un violento pugno alla testa l'autista del taxi prenotato il quale, caduto a terra, riportava un ematoma cerebrale e decedeva dopo 7 giorni.

¹⁹ Così Cass. sez. 2° n. 3609 del 18.01.11 dep. l'01.02.11.

Allo stesso modo è indubbio che ogni confessione dovrà essere soppesata nella sua intrinseca valenza per verificare se si tratti di una manifestazione di volontà effettivamente sincera, ovvero una scelta soltanto utilitaristica, magari dettata dalle altre evidenze processuali acquisite in atti.

Anche il silenzio dell'imputato può dunque essere valutato, sul piano del comportamento processuale, ai fini del riconoscimento delle attenuanti di cui all'art. 62 *bis* c.p. dal momento che l'ordinamento penale, nel garantire all'imputato il diritto al silenzio e persino alla menzogna, che non sconfini nella calunnia, nonché alla reticenza sul proprio operato, attribuisce al giudice la facoltà di valutare il comportamento da questi tenuto durante lo svolgimento del processo; sicché sarà legittimo il diniego delle attenuanti generiche ovvero della declaratoria di prevalenza delle medesime motivato sulla negativa personalità dell'imputato e sulla sua capacità a delinquere desunta dal descritto comportamento processuale²⁰.

Riguardo all'onere di motivazione, indubbiamente dovrà essere compiutamente e scrupolosamente assolto soprattutto in caso di riconoscimento delle attenuanti generiche, specie adesso che il mero stato di incensuratezza "*per ciò solo*" non basta, al fine di spiegare l'*iter* che ha indotto il giudice circa l'adeguamento della pena concreta alla gravità effettiva del reato ed alla personalità del reo.

Viceversa si ritiene che tale onere argomentativo potrà essere limitato nel caso in cui le attenuanti in questione non vengano concesse, potendosi ritenere implicito tale diniego nella motivazione di congruità dei criteri di determinazione della pena e ciò perché le attenuanti in argomento non sono "*un diritto in assenza di elementi negativi*"; anche se qualora la difesa allegghi specifici elementi astrattamente idonei a giustificare le attenuanti generiche in questo caso l'onere di motivazione tornerà ad essere pieno, ossia volto ad escludere in concreto le attenuanti in argomento²¹.

In effetti, ritengo decisamente preferibile che il decidente si soffermi, a prescindere dalle richieste di parte, anche sulla motivazione delle circostanze attenuanti generiche il cui esercizio, positivo o negativo che sia, influisce comunque e non poco sulla pena, peraltro in riferimento a un parametro di apprezzamento neppure codificato e, quindi, rimesso davvero al prudente apprezzamento del giudice.

Vittorio Anania

Giudice presso il Tribunale di Palermo

²⁰ Così Cass. sez. 2° n. 2889 del 27.02.97 dep. il 27.03.97.

²¹ In questo senso Cass. sez. 6° n. 41365 del 28.10.10 dep. il 23.11.10.

