

PARTE I  
LE FORME DI MANIFESTAZIONE DEL REATO



## CAPITOLO I

# IL REATO CIRCOSTANZIATO

SOMMARIO: 1. Circostanze in senso tecnico. Loro funzione. – 2. Tipologia delle circostanze. – 3. In particolare, la diminuzione di pena *ex* artt. 442 e 444 c.p.p. – 4. Criteri di imputazione delle circostanze. – 5. Sulla distinzione tra figura autonoma e figura circostanziata di reato. – 6. Concorso di circostanze omogenee. – 7. Limiti all'aumento e diminuzione di pena. Limiti al concorso di circostanze. – 8. Circostanze cumulative. – 9. Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti. – 10. Circostanze del reato e potere discrezionale.

### 1. *Circostanze in senso tecnico. Loro funzione*

Come fa dire Grisham in uno dei suoi migliori *legal thrillers* ad uno dei suoi personaggi, la pena va irrogata tenendo conto di chi è il reo e di che cosa è stato il reato. Alla valutazione di questo duplice oggetto forniscono criteri della maggiore importanza quegli elementi fattuali e di diritto che nel nostro ordinamento penale sono chiamati circostanze.

Il termine è utilizzato anche per situazioni che si pongono fuori dalla categoria: per esempio le circostanze di esclusione della pena. Ma abbiamo già visto<sup>1</sup> come sia preferibile limitare l'uso del vocabolo a quei dati, giuridicamente rilevanti in quanto accrescono o diminuiscono il disvalore dell'illecito penale, che non fanno parte della struttura di un certo reato secondo quanto risulta dalla disposizione incriminatrice base. Ed è importante ricordare come nel linguaggio codicistico abbia fatto ingresso, per quel che riguarda le cosiddette circostanze di esclusione della pena, la più appropriata locuzione "cause di giustificazione"<sup>2</sup>. Dunque le circostanze si presentano come gli elementi di più elevato rilievo agli effetti della determinazione della pena da infliggere<sup>3</sup>. Di più elevato rilievo: non i soli, però.

---

<sup>1</sup> Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, parte II, Giappichelli, Torino, 2014, p. 343 ss.

<sup>2</sup> Cfr. art. 530, III comma, c.p.p.: "Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del I comma".

<sup>3</sup> Va tenuto presente come la pena sulla misura della quale intervengono le circostanze è soltanto la pena principale (ergastolo – cfr. art. 65, n. 2, c.p. nel caso di attenuante – reclusione, multa, arresto e ammenda). Rimangono fuori le pene cosiddette accessorie e, a più forte

Occorre partire dalla considerazione del potere discrezionale che il giudice, a norma dell'art. 132 c.p., esercita nella applicazione della pena. A questo fine dovrà tener conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo: dunque, proprio di ciò che l'avvocato protagonista del romanzo di Grisham ritiene fondamentale per la precisazione della sanzione che, in concreto, il colpevole merita. Dovremo ritornare più appresso all'analisi di queste due regole – anche per porre in chiara evidenza come la seconda di esse enunci qualità, situazioni, rapporti, eventi mentali che costituiscono, per così dire, il nucleo dal quale si sviluppa il sistema delle circostanze. Con l'ovvia conseguenza di far sorgere una questione attinente ai limiti di rilevanza quando, in un certo caso, si ravvisi sia la possibilità di ricorrere a uno dei criteri dell'art. 133 c.p. sia ad un elemento circostanziale. Questione di particolare delicatezza, poi, una volta che si profili l'applicabilità delle attenuanti definite generiche (art. 62 *bis* c.p.) che, per comune opinione giurisprudenziale e dottrinale, sono ricavabili alla stregua dei parametri dell'art. 133<sup>4</sup>. Quanto al potere discrezionale disegnato dall'art. 132, esso va oltre la scelta

---

ragione, le misure di sicurezza, che dipendono dalla pericolosità sociale dell'autore del fatto criminoso.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. II, 10 maggio 1996, n. 4790: "Ai fini della concessione o del diniego delle circostanze attenuanti generiche è sufficiente che il giudice di merito prenda in esame quello, tra gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno la concessione del beneficio; ed anche un solo elemento che attiene alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può essere sufficiente per negare o concedere le attenuanti medesime"; Cass. I, 21 febbraio 1998, n. 707: "Ai fini dell'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., il giudice *deve* riferirsi ai parametri di cui all'art. 133 c.p., ma non è necessario, a tale fine, che li esamini tutti, essendo sufficiente che specifichi a quale di esso ha inteso fare riferimento. Ne consegue che il riferimento, da parte del giudice di appello, ai precedenti penali dell'imputato, indice concreto della sua personalità – in mancanza di specifiche censure o richieste della parte interessata, in sede di impugnazione, in ordine all'esame di altre circostanze di fatto inerenti ai suddetti parametri – adempie all'obbligo di motivare sul punto"; Cass. VI, 28 maggio 2002, n. 20818: "Tra gli elementi di valutazione che il giudice può utilizzare ai fini dell'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p. si pongono anche quelli relativi alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo indicati dall'art. 133 c.p., con il solo limite che una stessa circostanza specifica non può essere valutata due volte. Ne consegue che legittimamente il giudice può determinare la pena, tenendo distinta la valutazione della gravità del reato, eseguita considerando l'aspetto oggettivo della condotta criminosa, da quella concernente il riconoscimento delle attenuanti generiche, concesse in base all'assenza di precedenti giudiziari, ancorché questi ultimi siano considerati dall'art. 133, II comma, n. 2, c.p.". Decisione, quest'ultima, abbastanza curiosa là dove afferma che il giudice, agli effetti della concessione o del diniego dell'attenuante dell'art. 62 *bis*, può tener conto *anche* degli elementi relativi alla capacità a delinquere e alla gravità del reato: con il che parrebbe che la Suprema Corte abbia ritenuto di potersi avvalere pure di coefficienti non enunciati dall'art. 133 c.p. Ma quest'ultimo è così esaustivo, nella sua previsione, che riesce difficile capire quali possono essere questi coefficienti. Si potrebbe pensare, è vero, alle condizioni economiche contemplate dall'art. 133 *bis*. Ma questa è regola che circoscrive gli effetti discendenti dalla valutazione delle condizioni economiche del reo alle pene pecuniarie; non ipotizza una vera e propria circostanza attenuante, ma un aumento o una diminuzione di pena dovute rispettivamente alla inefficacia o alla eccessiva gravosità della misura massima della

che deve farsi entro i confini della pena dettata dalla disposizione incriminatrice. Si estende ad ogni ipotesi in cui la legge metta l'interprete davanti ad una statuizione che imponga l'uso della discrezionalità. Vale a dire, in tutti i casi in cui c'è un'opzione fra diverse conseguenze giuridiche, oltre che nei limiti edittali, al di fuori di questi e, in particolar modo, fra l'uno o l'altro *tipo* di effetto giuridico. E vedremo che alla discrezionalità guidata (ma non risolta) dagli indici dell'art. 133<sup>5</sup> bisogna far capo anche, ad esempio, per ciò che riguarda un fatto di reato contrassegnato dal concorso di circostanze che aggravano e circostanze che attenuano la pena. Ma di tutto questo, come si diceva, meglio in seguito. Qui va, invece, colta nella sua giusta portata la differenza che corre tra il rilievo che posseggono le circostanze e quello degli elementi alla cui stregua si svolge l'esercizio del potere discrezionale, in ordine alla determinazione della pena irroganda, sancito dall'art. 132 c.p. Secondo quest'ultimo, la discrezionalità del giudice è contenuta dai limiti fissati dalla legge. Il che vuol dire, e qui ci troviamo davanti a uno di quei consolanti dati che non consentono dubbi di sorta, che non può essere superata la "forbice" segnata dalla previsione della pena tra un minimo ed un massimo. È tra questi estremi, talora assai divaricati, che va determinata la misura della pena in concreto.

La presenza di un elemento circostanziale determina, invece, la possibilità di superare il massimo della pena edittale o di scendere al di sotto del minimo della pena stessa. Ci sono, è vero, dei limiti entro i quali questa operazione va contenuta. Il primo di essi è che non possono essere oltrepassati, in alto e in basso, i limiti posti alle singole specie di pene. Ma il principio è quello che la circostanza consente di varcare le soglie della sanzione edittale.

## 2. Tipologia delle circostanze

Da quanto abbiamo sopra detto si evince la prima e fondamentale distinzione fra le circostanze: aggravanti ed attenuanti. Si tratta, come è evidente, di una di-

---

multa o dell'ammenda. Si tratta di una situazione nascente dall'impatto della norma incriminatrice sul caso concreto, situazione che non ha nulla a che vedere con la gravità del fatto o il modo di essere del soggetto agente e che, comunque, sia che motivi l'aumento sia che motivi la diminuzione della pena pecuniaria, esaurisce la sua rilevanza in quest'ambito: non può essere invocata ai fini del diniego o della concessione delle generiche. Va comunque detto che, malgrado quell'"anche", forse mera ridondanza, la pronuncia corre tutta sul filo della rilevanza o no degli elementi di cui all'art. 133 c.p.

<sup>5</sup> Spesso l'art. 133 c.p. è richiamato per dare fondamento a questa o a quella tesi sull'idea di pena accolta dall'ordinamento. È vero proprio il contrario. Dal modo in cui la pena è regolata, vorremmo dire "sentita", in un certo sistema dipende il modo di utilizzazione degli indici dell'art. 133. Così, ad esempio, una concezione rigidamente retributiva della pena può giustificare una considerazione particolarmente severa di chi abbia commesso un reato contro il patrimonio in condizioni di vita familiare più che agiate. Se si muove, invece, dall'angolo visuale della prevenzione speciale, può ritenersi che il reo difficilmente ricadrà nell'illecito.

stinzione che ha riguardo agli effetti determinati dalla presenza di un elemento circostanziale. Nell'ambito dell'ampia categoria contrassegnata dall'efficacia di spostare in alto o in basso i limiti della pena edittale, si colgono sottocategorie a seconda dell'entità o della qualità del mutamento che la circostanza arreca rispetto alla sanzione comminata dalla disposizione incriminatrice. Si parla, a questo riguardo, di circostanze ad effetto comune, di circostanze in presenza delle quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o determina la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato. Le circostanze del secondo e terzo gruppo potrebbero essere tutte definite "circostanze ad effetto speciale": il linguaggio legislativo (art. 63, III comma, c.p.) riserva, però, tale denominazione alle circostanze che cagionano un *plus* o un *minus* rispetto alla pena edittale in misura superiore o inferiore ad un terzo. Al di fuori delle circostanze che mutano la specie della pena o di quelle chiamate ad effetto speciale, in caso di aggravante è aumentata fino a un terzo la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso; in caso di attenuante tale pena è diminuita in misura non eccedente un terzo. Si parla, così, di circostanze ad effetto comune. Sembrano non rientrare in nessuna delle categorie tracciate eventuali circostanze che dispongano aumenti o diminuzioni della pena che dovrebbe infliggersi per il reato non circostanziato in misura inferiore ad un terzo. Lacuna solo in parte puramente terminologica. Vero che, diversamente da quanto era stabilito prima della l. 7 giugno 1974, n. 220, nel concorso fra circostanze eterogenee, aggravanti ed attenuanti, oggi anche le circostanze, che in senso lato possiamo chiamare ad effetto speciale, formano oggetto del giudizio di bilanciamento<sup>6</sup>; con il che è eliminata una delle più salienti peculiarità della disciplina che contrassegnava le circostanze<sup>7</sup>. C'è da chiedersi, però, come

---

<sup>6</sup> Cfr. l'art. 69 c.p.: "Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

<sup>7</sup> Cfr. art. 69 c.p. 1930 prima della novella del 1974: "Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.

vada regolato il concorso fra circostanze omogenee, tutte aggravanti o tutte attenuanti. L'art. 63 c.p. pare, ad una prima lettura, del tutto esaustivo. E sarebbe impressione pienamente giustificata se non si pone attenzione al fatto che la disciplina che questa norma detta è tutta imperniata sulla contrapposizione tra circostanze ad effetto comune e circostanze in senso lato ad effetto speciale. Queste ultime si compendiano, alla lettera, in quelle che mutano la specie della pena e in quelle che variano in più o in meno l'entità della pena in misura superiore ad un terzo (art. 63, III comma, ultima parte, c.p.). Ci si chiede, allora, come ci si dovrà regolare quando una circostanza determini un aumento o una diminuzione in misura inferiore ad un terzo. Dovremo considerarla ad effetto comune o ad effetto speciale? Qui basta porre il problema; ce ne occuperemo ancora più avanti, trattando espressamente dell'art. 63 c.p.

Di grande importanza la distinzione tra circostanze comuni e circostanze speciali. Se si tratta di aggravanti, le prime sono enunciate all'art. 61 c.p.; le attenuanti trovano posto all'art. 62. La caratteristica che rende comuni tali circostanze è che tendenzialmente esse possono inerire a qualsiasi fatto di reato. L'unico limite alla loro rilevanza sarà costituito da note interne alla struttura del fatto di reato cui, in ipotesi, la circostanza dovrebbe accedere. Così, ad esempio, l'attenuante di aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (art. 62, n. 1, c.p.) risulterà evidentemente incompatibile con la molestia alle persone (art. 660 c.p.) contrassegnata da "petulanza o altro biasimevole motivo". Le circostanze speciali, per contro, sono dettate in relazione ad un singolo reato o in relazione a determinati reati: la loro rilevanza è, perciò, circoscritta alle figure criminose in considerazione delle quali esse sono costruite e previste<sup>8</sup>. Quanto agli effetti sulla pena che andrebbe irrogata al reato non circostanziato, le circostanze speciali possono essere tanto ad effetto comune che ad effetto speciale. Delle circostanze comuni frequentemente si dice che sono tutte, e sempre, ad effetto comune. Questo è vero per le aggravanti; per le attenuanti occorre distinguere. Sono, tutte, ad effetto comune, ma non sempre. Diventano ad effetto speciale quando ineriscano ad un delitto punito con l'ergastolo: in questo caso alla pena dell'ergastolo è sostituita la pena della reclusione da 20 a 24 anni. Muta, pertanto, la specie della pena e le circostanze attenuanti, ordinariamente ad effetto comune, si pongono come circostanze ad effetto speciale.

Fino a questo punto ci siamo occupati delle circostanze con riferimento agli effetti che esse producono sulla pena e ai reati ai quali possono accedere. Dobbia-

---

Le disposizioni precedenti non si applicano alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

In tal caso, gli aumenti e le diminuzioni di pena si operano a norma dell'art. 63, valutata per ultima la recidiva".

<sup>8</sup> Si vedano, fra tutte, per restare al nucleo forse centrale del decalogo penalistico, le circostanze aggravanti dell'omicidio previste agli artt. 576 e 577 c.p. e, per il furto, le aggravanti di cui all'art. 625 e le attenuanti dell'art. 625 *bis* c.p.

mo, adesso, considerare come le circostanze si riflettano sulla gravità del reato o sulla personalità del reo, sì da giustificare l'aumento o la diminuzione di pena, rispetto a quella che sarebbe stata inflitta nell'arco edittale, anche al di fuori dei limiti che questo pone. Abbiamo già detto come la determinazione della misura (e, qualche volta, della specie) della pena che in concreto va inflitta dipende dalle modalità che il reato posto in essere presenta e da talune delle caratteristiche individuali del soggetto agente. Questo vale in primo luogo per fissare la pena da irrogare entro i confini segnati dalla norma incriminatrice, avvalendosi dei parametri dettati all'art. 133 c.p.: parametri già significativamente distinti in quelli che concernono la gravità del reato e in quelli che riguardano la capacità a delinquere del soggetto. Abbiamo sopra accennato al rapporto tra generale e specifico che intercorre fra il contenuto dell'art. 133 (che disegna le grandi linee di esercizio del potere discrezionale) e la struttura delle singole circostanze (che riprendono, accentuandone, precisandone e isolandone la valenza, particolari aspetti e momenti dei criteri dell'art. 133). Guida sicura, al riguardo, è l'art. 70 c.p., puntualmente rubricato "circostanze oggettive e soggettive": "Agli effetti della legge penale:

1) sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso;

2) sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.

Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva".

È chiaro che la tripartizione – va tenuto conto, per la loro peculiarità, che la disciplina delle circostanze c.d. inerenti alla persona del colpevole presenta, come vedremo più appresso<sup>9</sup>, aspetti che distinguono dette circostanze dalle altre soggettive – riprende e approfondisce spunti proposti dai criteri dell'art. 133. Altrettanto chiaro deve essere che assegnare una circostanza ad una delle tre categorie configurate all'art. 70 oltre a possedere un indubbio valore sistematico (inteso, questo, come chiarimento e spiegazione del *perché* delle scelte del sistema) rappresenta anche il presupposto da cui scaturisce una data normativa. E ricordiamo di nuovo la riforma del 1974. Certo, col nuovo testo dell'art. 69 c.p. che, in caso di concorso sul medesimo reato di circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, mette tutte le circostanze, quale che ne sia la natura, sullo stesso piano, nel momento in cui le ammette tutte al giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, l'importanza della riconduzione di una circostanza ad una, piuttosto che ad un'altra, delle tre classi legislativamente fissate, si è considerevolmente ridotta. Rimane pur sempre, però, una notevole differenza di disciplina quando si dia concorso di più persone nel reato. Va bene che l'attuale testo dell'art. 118 c.p., sem-

---

<sup>9</sup> Cfr. appresso, p. 232 ss.

pre rubricato “Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti”, ha rinunciato alla nomenclatura codicistico-dogmatica, circostanze oggettive-circostanze soggettive, menzionando soltanto, come categoria generale, le circostanze inerenti alla persona del colpevole. Ciò è dovuto, però, a due ordini di ragioni ampiamente condivisibili. La prima è che tra le circostanze soggettive dell’art. 70 c.p., agli effetti della rilevanza soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, vengono menzionate unicamente l’intensità del dolo e la gravità della colpa. La seconda di queste ragioni sta nell’espressa previsione dei “motivi a delinquere”, curiosamente ignorati dall’art. 70 c.p. È evidente, però, che il fondo delle cose non cambia. Certe circostanze soggettive, e tutte quelle inerenti alla persona del colpevole, sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono, mentre le rimanenti soggettive e ogni circostanza oggettiva seguono la normale regola di imputazione delle circostanze posta dall’art. 59 c.p.<sup>10</sup>

Di carattere misto, soggettivo ed oggettivo, sono le attenuanti generiche previste dall’art. 62 *bis*. La novella della l. 14 settembre 1944, n. 288, col ripristinare l’istituto delle attenuanti generiche, ha accentuato la tendenza, fortemente presente nella nostra legislazione penale, a tipicizzare l’accadimento concreto in modo il più possibile aderente alle modalità storiche dell’evento. Il giudice può considerare, ai fini di un’attenuazione della pena, elementi che non rientrano nelle previsioni dell’art. 62 c.p. (attenuanti comuni). Un primo rilievo viene spontaneo. Non si capisce perché non sia fatta menzione anche degli elementi contemplati da circostanze attenuanti speciali. Poco male, però, perché il buon senso, suffragato dalla regola generale di interpretazione costituita dal principio di specialità in astratto<sup>11</sup> ha rimediato all’omissione: insomma, tutte le volte che elementi di una circostanza rilevante soltanto per uno o più determinati reati, potrebbero essere assunti a fondamento delle circostanze generiche, l’applicabilità di queste ultime è esclusa in forza della prevalenza del dato specifico su quello generale.

Dunque, in ogni modo e sia pure con non perfetta compiutezza, in che cosa consistano le attenuanti generiche è detto soltanto in modo negativo. Ci si dice che cosa non sono ma non ciò che esse, in positivo, sono. Un’indicazione di principio è fornita dalla condizione posta al giudice per ritenere presente tale circostanza: debbono risultare acquisite alla *res judicanda* porzioni di realtà effettuale, o anche giuridica, tali da giustificare una diminuzione della pena. Indicazione che sarebbe, forse, troppo vaga e troppo fiduciosa della sensibilità del giudicante, se il contesto normativo non offrisse un punto di riferimento: quello dell’art. 133 c.p., più volte ricordato. Certo, in questa norma c’è tutto ciò di cui bisogna tener conto nell’applicazione della pena in concreto (e la determinazione di questa costituisce il problema di fondo) e, se non tutto, parecchio. Quel che conta, però, è che si

---

<sup>10</sup> Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, parte III, Giappichelli, Torino, 2014, p. 488 ss.

<sup>11</sup> Cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, parte I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 157 ss.

tratta di una pluralità di coefficienti che la legge mutua dal senso comune e fa propri: con ciò assicurando una cornice entro la quale la determinatezza della previsione normativa può considerarsi (almeno secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale) sufficientemente realizzata. Strano, però, che giurisprudenza e dottrina siano largamente orientate nel senso che, ai fini delle attenuanti generiche, rilevino gli elementi della seconda parte dell'art. 133 c.p.<sup>12</sup>: quelli, cioè, che dovrebbero illuminarci sulla personalità del colpevole, *sub specie* della sua capacità a delinquere. Molto probabilmente tale veduta nasce dal convincimento che i parametri enunciati nella prima parte del 133, concernenti la gravità del reato, sono tutti contemplati dalle attenuanti di cui all'art. 62 c.p. e, possiamo aggiungere, dalle svariate attenuanti speciali. Ma così non è. Basti pensare al fatto che nessuna circostanza attenuante comune, e pochissime speciali, sono imperniate sulle peculiarità dell'elemento psicologico del reato. C'è una circostanza comune che prevede, come aggravante, la c.d. colpa cosciente o con previsione: ma nulla di analogo si riscontra, simmetricamente, nelle previsioni dell'art. 62 c.p. Per contro, fra gli elementi che determinano la gravità del reato, la prima parte dell'art. 133 annovera "l'intensità del dolo" e "il grado della colpa", elementi ai quali – e più che fondatamente – nella prassi giurisprudenziale si fa correntemente ricorso per dosare la pena: si ricordi, ad esempio, il rilievo che assume la commissione di un fatto criminoso non con dolo intenzionale o diretto, ma con dolo eventuale<sup>13</sup>.

Quale è il grado di consistenza per cui uno (o più) degli elementi o delle situazioni contemplate dall'art. 133 svolge, oltre che la funzione di determinare la pena da irrogare nei limiti edittali, anche quella di una vera e propria circostanza attenuante: permettendo, così, di scendere al di sotto di quanto la pena edittale permetterebbe? A questo riguardo il sistema lascia al giudice la più ampia discrezionalità. Che dovrebbe essere sempre, ma raramente avviene, sorretta e giustificata da compiuta motivazione. Ci si chiede se lo stesso dato possa valere tanto ai fini della determinazione della pena che andrebbe inflitta per il reato non circostanziato, quanto per riconoscere la presenza di attenuanti generiche. A tutta prima si sarebbe portati a rispondere negativamente: non si può computare due volte, sia pure a favore del colpevole, lo stesso dato. Il principio del *ne bis in idem* sostan-

---

<sup>12</sup> Cfr. Cass. I, 29 dicembre 1995, n. 12787: "Il riferimento ai cattivi precedenti penali dell'imputato costituisce ragione sufficiente a giustificare, di per sé solo, il diniego delle circostanze attenuanti generiche, qualora tali precedenti siano stati considerati dai giudici di merito come indici della capacità a delinquere e, quindi, della pericolosità sociale del condannato"; Cass. II, 30 novembre 2000, n. 12394: "È legittimo il diniego delle attenuanti generiche motivato con lo 'status' di recidivo infraquinquennale dell'imputato, ritenuto indice di un'effettiva capacità a delinquere e di vera pericolosità sociale".

<sup>13</sup> È appena il caso di sottolineare come questo ineccepibile *modus iudicandi* non si concili troppo con l'ordine di idee secondo il quale le circostanze attenuanti generiche sorgerebbero sul fondamento dei soli indici di capacità a delinquere. Intensità del dolo e grado della colpa (eccezion fatta, naturalmente, per la colpa cosiddetta con previsione, che dà vita ad una aggravante comune – art. 61, n. 3, c.p.) ben possono fornire il nucleo essenziale dell'attenuante ex art. 62 *bis*.

ziale non è a senso unico, ma funziona in entrambe le direzioni: aumento o diminuzione della responsabilità. A ben vedere, però, non è proprio lo stesso dato che rileva *ex art. 133* ed *ex art. 62 bis*. Per la prima di dette norme è sufficiente quel tanto di consistenza che ne legittima l'utilizzazione entro la forbice edittale. Per la seconda, ciò che conta è un *plus*, di spessore tale da giustificare la diminuzione al di là dei limiti edittali della pena. Conclusione avvalorata dalla dizione normativa secondo la quale ogni circostanza porta ad una variante – in più o in meno – della pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso. Pena la cui misura è regolata dai criteri dell'art. 133, senza esclusione alcuna<sup>14</sup>.

Tutti gli elementi, infine, che si ricavano dall'art. 133 si compendiano in un'unica circostanza attenuante che concorre con tutte le altre omogenee: attenuanti; eterogenee: aggravanti.

Parrebbero, a tutta prima, riconducibili alla categoria delle circostanze soggettive le condizioni economiche del reo, che consentono al giudice di aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo. Questo quando “ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa” (art. 133 *bis*, II comma, c.p.). Presupposto dell'esercizio del potere discrezionale così configurato è il disposto del I comma dell'art. 133 *bis*. Qui si fa carico al giudice di tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'art. 133, anche delle condizioni economiche del reo. Come si vede, la norma ha una doppia funzione. Arricchisce la gamma dei parametri alla stregua dei quali si esercita la discrezionalità, affiancando alle condizioni di vita individuali, familiari e sociali le condizioni economiche. E fino a questo punto siamo sempre sul piano della determinazione della pena da infliggere entro i limiti edittali. Limiti che possono essere superati tanto in alto che in basso allorché la pena pecuniaria si profili inefficace o troppo onerosa. Ci si chiede, allora, se verificandosi tali ipotesi (inefficacia o eccesso di afflittività) ci si trovi di fronte alla previsione di una vera e propria circostanza in senso tecnico: dove è chiaro che se così fosse non avremmo a che fare soltanto con una appropriata qualificazione, ma con l'espressione sintetica di una disciplina. Quella disciplina, cioè, che caratterizza gli elementi circostanziali. La prescrizione del II comma dell'art. 133 *bis*<sup>15</sup> rappresenta, quanto al suo contenuto, solo in parte una novità. Già prima della l. 24 novembre 1981, n. 689, gli artt. 24 e 26 c.p. contemplavano, rispettivamente per la multa e per l'ammenda, la facoltà di aumentare la pena fino al triplo quando, per le

---

<sup>14</sup> Per un ordine di idee che presenta più di una affinità con quanto sostenuto nel testo, cfr. Cass. I, 5 febbraio 1998, n. 1376: “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, senza violare il principio del ‘*ne bis in idem*’ sostanziale”.

<sup>15</sup> Comma introdotto con l. 24 novembre 1981, n. 689.

condizioni economiche del reo, la sanzione pecuniaria potesse presumersi inefficace, anche se applicata nel massimo. Mancava la previsione di una speculare diminuzione quando la pena, sempre a cagione delle condizioni economiche del colpevole, apparisse troppo afflittiva. La regola risultava sbilanciata verso l'aggravamento. Ciò posto, vediamo di rispondere all'interrogativo sopra prospettato. E qui va colta una curiosa lettura che del mutamento normativo è stata fatta. È sembrato<sup>16</sup>, cioè, che nel passaggio dal Capo II (delle pene principali, in particolare) del Titolo II al Capo I (della modificazione e applicazione della pena) del Titolo V, mutasse la natura giuridica delle condizioni economiche prese in considerazio-

---

<sup>16</sup> Cfr. Cass. III, 2 febbraio 1994, n. 1208: "A seguito della modifica apportata dall'art. 101, l. 24 novembre 1981, n. 689 agli artt. 24 e 26 c.p., le condizioni economiche del reo sono state eliminate dal titolo secondo, attinente al momento edittale, ed inserite nell'art. 133 *bis* tra i criteri di applicazione della pena. La diversa collocazione ha comportato l'eliminazione del carattere simile a quello di una circostanza e la configurazione come parametro di riferimento, al quale il giudice deve richiamarsi nella concreta irrogazione della pena. La norma ha portata generale e ridetermina tutti i valori massimi e minimi della pena stessa, conferendo al magistrato un più ampio potere discrezionale. Ne deriva che non occorre formale contestazione e che l'imputato, quando ne venga tratto a giudizio per rispondere di un reato sanzionato con pena pecuniaria, deve svolgere sempre ogni difesa anche in relazione alla possibile triplicazione del massimo. All'accusa spetta l'onere di fornire la prova della consistenza patrimoniale del reo. Al giudice compete l'obbligo di svolgere un ponderato e completo apprezzamento della situazione economica, dando adeguata e congrua motivazione della scelta operata e degli elementi, sui quali fonda il proprio convincimento. (Nella specie la Corte ha ritenuto che la proprietà di un immobile, di cui - tra l'altro - era ignoto il valore, non sia di per sé estremo rivelatore di una condizione economica tale da rendere inefficace il massimo ordinariamente fissato nella norma, affermando essere indispensabile una valutazione completa dell'intera posizione patrimoniale)"; Cass. III, 8 novembre 1996, n. 9575: "Ai fini dell'applicazione dell'art. 133 *bis* c.p. (condizioni economiche del reo - aumento fino al triplo e/o diminuzione fino ad un terzo della pena pecuniaria) le dette condizioni non debbono essere previamente contestate all'imputato come 'circostanza', poiché, a seguito della modifica apportata dall'art. 101, l. 24 novembre 1981, n. 689, agli artt. 24 e 26 c.p., le condizioni economiche del reo sono state eliminate dal titolo II del codice penale ed inserite nell'art. 133 *bis* stesso codice fra i criteri di applicazione della pena. Tale diversa collocazione ha comportato l'eliminazione del carattere di 'circostanza' di dette condizioni economiche e la configurazione di esse come parametro di riferimento ai fini della determinazione della pena. Pertanto l'imputato, tratto a giudizio per rispondere di un reato punibile con pena - solo o anche - pecuniaria, deve svolgere ogni difesa anche in relazione al possibile aumento fino al triplo del massimo della pena edittale, mentre alla accusa spetta l'onere di fornire prova della particolarmente elevata consistenza patrimoniale del reo ed al giudice l'obbligo di svolgere un ponderato e completo apprezzamento della detta situazione economico-patrimoniale, dando adeguata e congrua motivazione delle scelte al riguardo operate nonché degli elementi sui quali ha fondato il proprio convincimento. (Fattispecie relativa ad annullamento con rinvio di sentenza di condanna, a pene quantificate nel massimo edittale ed aumentate del triplo, corredata da motivazione inadeguata e insoddisfacente". Parla, invece, di circostanza attenuante, Cass. IV, 12 maggio 1994, n. 5484: "Poiché la circostanza attenuante prevista dall'art. 133 c.p. può trovare applicazione solo in caso di manifesta sproporzione per eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle capacità economiche del soggetto, tale eccessiva gravosità deve comportare una vera e propria impossibilità, o quantomeno un'estrema difficoltà, a soddisfare la pena pecuniaria inflitta, che faccia apparire questa meritevole di riduzione".

ne. Prima, in quanto attinenti al momento edittale, avrebbero presentato carattere simile a quello delle circostanze; oggi realizzerebbero, invece, un parametro di riferimento al quale il giudice deve rifarsi nella determinazione in concreto della pena. Non ci sembra, però, che la diversa collocazione giustifichi una tale diversa visuale. Sia allocato nei disposti concernenti le pene pecuniarie sia enunciato quale completamento e sviluppo dell'art. 133, la sostanza del precetto non cambia. Si tratta di vedere se il suo enunciato sia assimilabile a quello delle circostanze, aggravanti e attenuanti, oppure no. Se guardiamo alla conseguenza giuridica, la risposta non può essere che affermativa. Se teniamo conto, invece, del *perché* è previsto il possibile aumento o la possibile diminuzione della pena, non par dubbio che ci si trovi davanti ad una *ratio* che non ha nulla da spartire con quella che presiede alle circostanze. Il *plus* o *minus* di pena non dipende da caratteristiche individuali dell'agente o da peculiarità del fatto-reato. È in funzione della idoneità della pena a farsi sentire dal soggetto cui va applicata e dalla comunità, come tale. Da qui l'opportunità di correggerla quando, in certi casi, suoni troppo mite o troppo severa. La pena non può essere né uno scherzo né un peso insopportabile.

È questione, insomma, più che di adattamento alla realtà dell'evento storico, di rispetto dei connotati che la sanzione deve presentare.

### 3. In particolare, la diminuzione di pena ex artt. 442 e 444 c.p.p.

La riduzione di pena conseguente all'adozione dei procedimenti di cui agli artt. 442 e 444 c.p.p. (giudizio abbreviato, disciplinato dall'art. 442; patteggiamento sulla pena ex art. 444 c.p.p.) ha carattere premiale e non è assimilabile ad alcuna circostanza attenuante del reato: non concerne né la personalità dell'autore del reato, né il fatto. Ciò vuol dire, fra l'altro, che essa non concorre con una o più circostanze aggravanti nel giudizio di bilanciamento che va svolto a norma dell'art. 69 c.p. Se la fattispecie condizionante la riduzione di pena dettata per i casi sopra citati non ha natura circostanziale, costituendo un vero e proprio momento del procedimento, l'effetto ad essa ricollegato deve qualificarsi d'ordine sostanziale. Si traduce in una disciplina del fatto contestato più favorevole per il reo. Con tutto ciò che questo comporta in caso di successione di leggi nel tempo. Sull'impossibilità di considerare la sequenza di fatti processuali previsti dagli artt. 442 e 444 come circostanze, cfr. Cass. I, 17 giugno 1995, n. 1217: "La disposizione di cui all'art. 4 del d.p.r. 22 dicembre 1990, n. 394, la quale stabilisce che il beneficio dell'indulto concesso con lo stesso decreto debba essere revocato di diritto ove colui che ne ha usufruito commetta, nell'arco di cinque anni dall'entrata in vigore del provvedimento di clemenza, un delitto non colposo per cui riporti 'condanna a pena detentiva non inferiore a due anni', va intesa nel senso che la revoca opera unicamente nel caso in cui il beneficiario subisca, per un delitto doloso, condanna alla pena detentiva di una certa entità, determinata in concreto sulla base di tutte le sue componenti, dopo aver tenuto conto delle possibili circostanze del reato e

dell'aumento per l'eventuale continuazione, nonché della riduzione di pena conseguente all'adozione dei procedimenti speciali (artt. 442 e 444 c.p.p.), che ha carattere premiale e non è assimilabile a nessuna circostanza attenuante del reato; né la lettera, né la 'ratio' della predetta disposizione, infatti, consentono di riferirsi, ai fini della revoca dell'indulto, esclusivamente alla pena determinata sulla base delle circostanze di diritto sostanziale con esclusione della riduzione di natura processuale"; Cass. V, 8 giugno 1999, n. 7200: "La diminvente per il rito abbreviato ex art. 442 c.p.p., assolvendo funzione premiale in relazione al rito alternativo prescelto, ha natura processuale e dunque disomogenea rispetto a quella sostanziale che deve caratterizzare le circostanze ex art. 69 c.p.; essa pertanto non è soggetta al giudizio di comparazione da tale disposizione previsto". Ciò posto, va rilevato come non pochi equivoci nascono dal ritenere che non è circostanza la riduzione di pena. Tale riduzione è la conseguenza di uno o più fatti giuridici rispetto ai quali soltanto ha un senso discutere se siano o no circostanza. Distinguere i due momenti, quello della fattispecie condizionante e quello delle conseguenze condizionate, evita il rischio di trasferire sulle seconde quanto caratterizza, invece, la prima. Abbiamo già detto che l'effetto (diminuzione della pena) è di natura sostanziale e, pertanto, tutte le volte che non abbia rilevanza il procedimento in forza del quale l'effetto si produce, c'è la riduzione di pena, in quanto tale: indipendentemente dai fattori che l'hanno determinata alla stregua di una componente della complessiva disciplina sostanziale cui il fatto oggetto del giudizio è sottoposto. Insomma, carattere processuale ha la serie di atti giuridici che conduce alla diminuzione di pena; carattere sostanziale ha, per contro, quest'ultima. E allora, sul piano sostanziale, occorrerà distinguere quando il trattamento definitivo discenda dal rilievo attribuito anche ad elementi circostanziali e quando dipenda dalla misura della pena effettivamente irrogata. Così siamo d'accordo con quelle decisioni che negano che della riduzione di pena ex art. 442 e 444 si debba tener conto per determinare il tempo necessario al compiersi della prescrizione: l'art. 157, II comma, c.p. fa menzione delle "circostanze" aggravanti e attenuanti. Cfr., al riguardo, Cass. I, 29 maggio 1997, n. 5027: "La riduzione di pena prevista per il rito abbreviato di cui all'art. 442 c.p.p. ha natura esclusivamente processuale, e non sostanziale, in quanto non attiene al fatto reato, nelle sue componenti materiali o soggettive, non è soggetta a giudizio di comparazione e non influisce sui termini prescrizionali; è perciò estranea a qualsiasi criterio di adeguamento della sanzione alla gravità del fatto. Ne consegue che gli istituti di cui al III comma e seguenti dell'art. 597 c.p.p. – relativi al generale divieto della '*reformatio in pejus*' stabilito in materia di impugnazioni – vanno riferiti alla pena ritenuta equa in base alle norme di diritto sostanziale, mentre la diminvente del rito, ove spettante, opererà successivamente ed autonomamente" che, sia pure in via di *obiter dictum*, esclude, appunto, che la riduzione di pena prevista per il rito abbreviato "influisca sui termini prescrizionali", dove con motivazione non esemplare si perviene ad un asserto pienamente aderente al tenore della legge. Risente, invece, della confusione di piani tra fattispecie ed effetti la statuizione, sempre nella medesima senten-

za, secondo la quale: “gli istituti di cui ai commi III e ss. dell’art. 597 c.p.p. – relativi al generale divieto della ‘reformatio in pejus’ stabilito in materia di impugnazioni – vanno riferiti alla pena ritenuta equa in base alle norme di diritto sostanziale, mentre la diminuzione del rito, ove spettante, opererà successivamente ed autonomamente”. Va osservato che tanto se si tratta di applicazione del III comma, quanto di applicazione del IV comma, il “*pejus*” di cui è fatta proibizione ha come referente la pena enunciata nella sentenza di I grado: dunque la pena ottenuta anche alla stregua della diminuzione dovuta al rito. Il che non toglie, però, che, con riferimento al disposto del IV comma, sia assolutamente corretto affermare che “la diminuzione del rito, ove spettante, opererà successivamente ed autonomamente”. Fermo restando che il giudice d’Appello non può aggravare la pena irrogata nel precedente grado, va sottolineato, in conformità alla pronuncia della Corte, che, esclusa, ad esempio, una circostanza aggravante, la corrispondente diminuzione dovrà essere eseguita sulla pena ritenuta equa in base alle norme di diritto sostanziale, sulla quale pena successivamente si opererà, sempre – ripetiamo – in modo da evitare il *pejus*, la diminuzione derivante dalla scelta del rito. Per una precisa distinzione fra natura sostanziale della diminuzione prevista dall’art. 442 c.p.p. e la natura processuale dei presupposti su cui la riduzione si basa, confrontata, pur con conseguenze non condivisibili e contraddittorie rispetto alla premessa, Cass. VI, 28 maggio 1997, n. 4951: “Ai fini della applicazione della interdizione dai pubblici uffici, nel caso di condanna conseguente a giudizio abbreviato, il limite di pena di cui all’art. 29 c.p. va individuato non con riguardo alla pena irrogata in concreto, dopo la riduzione conseguente alla diminuzione *ex art.* 442, II comma, c.p.p., ma a quella stabilita dal giudice prima dell’applicazione di detta diminuzione, data la natura meramente processuale di essa e tenuto conto del logico collegamento della pena accessoria alla negativa valutazione sostanziale del fatto-reato riflessa nella pena principale”. La forzatura del testo legislativo non potrebbe essere più evidente. A ragionare come fa la sentenza citata, si sostituisce alla precisa prescrizione di legge altro e diverso dettato in stridente contrasto con la prima. L’art. 29 c.p. dispone l’applicazione della pena accessoria dell’interdizione dai pubblici uffici a causa di una condanna all’ergastolo o alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni (interdizione perpetua) ovvero alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni (interdizione temporanea).

Il riferimento non alla pena irrogata in concreto dopo la riduzione conseguente alla diminuzione, ma a quella stabilita dal giudice prima dell’applicazione di detta diminuzione, stravolge il senso della legge: al posto della pena che ha costituito oggetto della condanna, si considera la pena che sarebbe stata inflitta ove non si fosse tenuto conto della riduzione disposta dagli artt. 442 e 444. La netta distinzione fra la sequenza procedurale che porta alla diminuzione di pena e il carattere sostanziale che va riconosciuto alla diminuzione stessa permette di dare ai momenti processuali quel che è loro dovuto, al momento sostanziale gli effetti che gli competono.