



RICHIESTA DI ACCREDITAMENTO EVENTO FORMATIVO

ASSOCIAZIONE FORENSE BOLOGNA

**“SEMINARIO DI RIFLESSIONE GIURIDICA
IN MATERIA DI DIRITTO PENALE E PROCEDURA PENALE”**

***“IL PRIMATO DELLE CIRCOSTANZE
DEL REATO TRA NORMATIVA E
GIURISPRUDENZA”***

Luogo: Tribunale di Bologna, Via Farini n. 1, Aula Primo Zecchi (piano primo)

Data: 03 marzo 2017

Ora: dalle 15.00 alle 19.00

Tipologia evento: seminario di riflessione giuridica in materia di diritto penale e procedura penale.

Evento in corso di accreditamento dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna.

Relazione introduttiva e mediazione: Avv. Matteo Murgo, Presidente dell'Associazione Forense Bologna.

Relatori: (in ordine alfabetico)

1) Avv. Dario Bolognesi, Patrocinante in Cassazione

2) Dott. Enrico Cieri, Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica di Bologna

3) Prof. Alessandro Melchionda, Ordinario di diritto penale presso l'Università degli studi Trento

4) Dott.ssa Francesca Zavaglia, GIP presso il Tribunale di Bologna

PRESENTAZIONE

Le circostanze del reato contribuiscono al contempo sia alla migliore individualizzazione e definizione della fattispecie, sia alla commisurazione giudiziale della pena.

Tale doppia anima le rende terreno eletto per politiche di stampo ora legalitario (di determinazione legale della fattispecie e di commisurazione legale della pena), ora discrezionale giudiziario (di determinazione giudiziale della fattispecie e di commisurazione giudiziale della pena).

L'ondivaga novellazione legislativa e le correlate pronunce d'incostituzionalità intervenute negli ultimi anni contribuiscono a rendere disequilibrato e magmatico l'istituto in esame rendendo non più procrastinabile un intervento riformatore, attraverso una ridefinizione delle comminatorie edittali e del sistema commisurativo nel suo complesso.

Le circostanze del reato si collocano *ai margini* del reato stesso: ma tale loro collocazione strutturale non deve trarre in inganno in fase di ricostruzione dogmatica del loro effettivo ruolo, il quale, a ben vedere, all'atto pratico si

rivela tutt'altro che *marginale*. Un'attenta analisi del dato legislativo complessivo fa, infatti, emergere come le circostanze possano talora esplicare effetti che vanno ben al di là della mera modificazione della pena principale, influenzando in modo determinante sulla disciplina sostanziale e processuale del reato cui accedono, sicché, icasticamente, possiamo parlare di un autentico *potere* delle circostanze sul reato¹.

Se è vero, infatti, che le circostanze sono *accidentaliter delicti*, che da esse non dipende certo l'esistenza del reato, né la modificazione del titolo del reato, è anche vero che esse — almeno alcune di esse — sono capaci di produrre effetti dirompenti non solo sulla pena finale, ma su tutta la complessiva disciplina, sostanziale e processuale, del reato cui accedono.

In primo luogo, risulta opportuno sottolineare che il tipico effetto — imprescindibile fino a costituirne il tratto caratteristico — delle circostanze sulla misura della pena del reato cui accedono, talora può rivelarsi davvero straordinario: non poche sono infatti quelle circostanze capaci di *stravolgere* il quadro edittale previsto per il reato semplice.

Tra le attenuanti si pensi, ad esempio, alla circostanza della “minore gravità” di cui all'art. 609-*bis* ult. co., che può abbattere la pena prevista per il reato di violenza sessuale di ben due terzi, sicché del tutto calzante risulta la sua ridenominazione dottrinale di “super-attenuante”. Si pensi, altresì, alle enormi diminuzioni di pena talora comportate dall'attenuante della collaborazione del reo *post-delictum* nelle sue varie epifanie: la pena per il reato di contraffazione di marchi (art. 473), ad esempio, è quanto meno dimezzata per effetto di tale circostanza, potendo, peraltro, ulteriormente scendere fino a un terzo della misura originaria (le pene “sono diminuite dalla metà a due terzi” recita, infatti, l'art. 474-*quater*).

Quanto alle aggravanti, aumenti astronomici di pena possono ad esempio derivare, con un crescendo di incattivimento sanzionatorio:

¹ L'Enorme Potere delle circostanze sul reato, L'enorme potere dei Giudici sulle circostanze in Rivista Italiana e Procedura Penale, fasc. 4, 2015, pag. 1743, Prof. Fabio Basile, Ordinario di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Milano.

dall'aver determinato ad un delitto, per il quale è previsto l'arresto in flagranza, il proprio figlio minore non imputabile (art. 112 co. 3, seconda parte): aumento “fino a due terzi”; dalle aggravanti dei delitti contro la personalità individuale, previste dal quinto, sesto e settimo comma dell'art. 602-ter: aumento “dalla metà ai due terzi”; infine, dalla ricorrenza della recidiva aggravata reiterata (art. 99 co. 4): aumento “di due terzi”.

Altrettanto rilevante, infine — sia pur in un altro ordine di grandezze — è il passaggio, determinato dalla presenza dell'aggravante, dalla pena pecuniaria alla pena detentiva: si confrontino, ad esempio, le pene della minaccia semplice e della minaccia grave (art. 612, primo e secondo comma) e, tra le contravvenzioni, le pene per la forma semplice e la forma aggravata del reato di accensioni o esplosioni pericolose (art. 703, primo e secondo comma).

Rilevantissimo risulta anche il *salto*, determinato dalla presenza di talune aggravanti, dalla detenzione a tempo alla detenzione a vita: si pensi, ad esempio, alle aggravanti speciali dell'omicidio di cui agli artt. 576 e 577 (in presenza delle quali dalla reclusione compresa tra i 21 e i 24 anni si salta all'ergastolo), nonché all'aggravante delle “intelligenze col nemico” in caso di disfattismo politico di cui all'art. 265 (qui il salto fa venire le vertigini: si passa da un massimo di 5 anni di reclusione all'ergastolo).

Ma il *potere* delle circostanze sul reato non si esaurisce affatto qui: non dobbiamo, infatti, dimenticare che le circostanze possono talora produrre ulteriori rilevantissimi effetti sulla disciplina sostanziale e processuale del reato, intervenendo su plurimi ed eterogenei profili di essa.

Quanto alle modifiche della disciplina sostanziale del reato:

- 1) possiamo in primo luogo ricordare che alcune circostanze — segnatamente, le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale — incidono sul *tempo necessario a prescrivere il reato*, ai sensi del “nuovo” art. 157 co. 2;

2) sempre a proposito di circostanze e prescrizione, dobbiamo poi segnalare il ruolo, per nulla trascurabile, giocato dalle circostanze anche ai fini dell'applicazione della regola speciale, dettata dall'art. 157 co. 6, del *raddoppio del tempo necessario a prescrivere* in relazione a taluni delitti: così, ad esempio, l'omicidio colposo, se aggravato ai sensi dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 589, e l'associazione per delinquere, se aggravata ai sensi dei commi 6 e 7 dell'art. 416, si prescrivono nel doppio del tempo; per contro, i termini doppi di prescrizione previsti per il delitto di violenza sessuale non si applicano se nella specie ricorre l'attenuante di cui all'art. 609-*bis* co. 3;

3) va, in terzo luogo, segnalato che giurisprudenza e dottrina maggioritarie applicano analogicamente il criterio contenuto nel citato art. 157 co. 2 anche per individuare la “pena stabilita dalla legge”, dalla quale dipende l'applicabilità e/o la durata di alcune *misure di sicurezza* (v., in particolare, art. 219, assegnazione a una casa di cura e di custodia; art. 222, ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario; art. 224, ricovero in un riformatorio giudiziario del minore non imputabile): rispetto alla disciplina delle predette misure di sicurezza assume, pertanto, un rilievo tutt'altro che secondario la presenza di circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale. Da ultimo, l'art. 1, comma 1-*quater* del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (conv. con mod. dalla l. 30 maggio 2014, n. 81), ha infine introdotto un termine massimo di durata per tutte le misure di sicurezza detentive, per stabilire il quale occorre partire dalla “pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'art. 278 c.p.p.”: e, come vedremo tra breve (*infra*, 1.2.2, punto 6), l'art. 278 c.p.p. conferisce rilievo a talune circostanze;

4) in quarto luogo, possiamo rilevare che alcune circostanze aggravanti possono influire sulla disciplina di talune *pene accessorie*. Tale influsso viene esercitato:

—*non solo* su quelle pene accessorie la cui applicazione o durata è direttamente collegata alla misura della pena principale irrogata in concreto, misura che tiene, quindi, conto anche del peso della circostanza (si vedano, ad esempio, l'interdizione dai pubblici uffici ai sensi dell'art. 29, o l'interdizione legale ai sensi dell'art. 32, o ancora l'ipotesi, tutta particolare, dell'interdizione dai pubblici uffici prevista dall'art. 317-*bis* per i delitti di peculato, concussione, corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio o in atti giudiziari: interdizione di regola perpetua, ma solo temporanea se, grazie a qualche circostanza attenuante, per i predetti delitti viene in concreto inflitta la reclusione per un tempo inferiore a tre anni);

—*ma anche* su quelle pene accessorie che diventano applicabili proprio per il solo fatto che sia presente una determinata circostanza, a prescindere dall'effetto di tale circostanza sulla pena principale irrogata in concreto. È quanto avviene, ad esempio, per la truffa che, se aggravata in quanto commessa ai danni dello Stato o di altro ente pubblico (art. 640 co. 2 n. 1), attira su di sé la pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione (v. art. 32-*quater*); è quanto avviene, altresì, per taluni delitti contro la personalità individuale che, se aggravati ai sensi dell'art. 602-*ter* co. 6 (fatto commesso in danno del proprio figlio minore), sono colpiti, in aggiunta alla pena principale, dalla pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale (v. art. 600-*septies.2* co. 1 n. 1); è quanto, avviene, infine, per talune frodi commerciali (quelle previste dagli artt. 515, 516, 517, 517-*ter* e 517-*quater*) che, se aggravate ai sensi dell'art. 517-*bis* co. 2 (fatto di particolare gravità o ricorrenza di recidiva specifica), comportano anche la chiusura dello stabilimento o la revoca della licenza;

5) in quinto luogo, va sottolineato il ruolo, assai significativo, che talune circostanze possono assumere ai fini della concedibilità del nuovo beneficio dell'*esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto* ai sensi dell'art. 131-*bis*: da un lato, infatti, ai fini della determinazione della pena “prevista” per il reato (che non deve comunque essere superiore ai cinque anni di pena

detentiva: art. 131-*bis* co. 1), si tiene conto delle circostanze autonome e di quelle ad effetto speciale (art. 131-*bis* co. 4); dall'altro lato, ai sensi dell'art. 131-*bis* co. 2, le circostanze aggravanti dell'aver agito per motivi abietti o futili (art. 61 n. 1), dell'impiego di crudeltà o sevizie (art. 61 n. 4), della minorata difesa (art. 61 co. 5), nonché dell'aver prodotto, quale conseguenza non voluta, la morte o la lesione gravissima di una persona, precludono sempre la concessione del beneficio in parola, al di là della pena in concreto inflitta;

6) anche ai fini della concedibilità di un altro istituto di recente introduzione nel nostro codice penale — la *sospensione del procedimento con messa alla prova* di cui agli artt. 168-*bis* ss. — almeno in attesa del consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali in proposito, sembrerebbe possano assumere rilievo talune circostanze, e segnatamente le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale; l'art. 168-*bis*, ad ogni modo, fa rinvio al secondo comma dell'art. 550 c.p.p., il quale, come vedremo meglio *infra*, elenca alcuni reati, tra cui figurano non poche ipotesi di reati aggravati da determinate circostanze;

7) un discorso a parte — un discorso, peraltro, assai lungo e complesso — potrebbe poi essere fatto per le c.d. “circostanze inerenti alla persona del colpevole”: come è noto, infatti, le circostanze della *recidiva* e quelle riguardanti l'*imputabilità* possono modificare in termini assai significativi la disciplina del reato cui accedono, comportando effetti che vanno ben al di là della mera modificazione della pena, quali, ad esempio, l'esclusione da determinati benefici (come l'amnistia e l'indulto che, salvo diversa disposizione di legge, sono di regola esclusi per i condannati con l'aggravante della recidiva mono o pluriaggravata o reiterata: v. artt. 151 co. 5, e 174 co. 3), ovvero la soggezione — previo accertamento della pericolosità sociale — a determinate misure di sicurezza (come l'assegnazione a una casa di cura e di custodia prevista per i condannati, per delitti non colposi, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica o

di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per cagione di sordomutismo: v. art. 219);

8) se volessimo, poi, effettuare anche un'indagine retrospettiva, dovremmo soffermarci necessariamente sull'art. 9 delle disposizioni di coordinamento e transitorie per il codice penale, giacché tale articolo — attualissimo nei primi decenni successivi all'introduzione del codice Rocco ma con il passare degli anni di sempre più rara applicazione — conferisce un rilievo assai significativo alle circostanze autonome previste per *reati contenuti in leggi anteriori al codice penale*: in base al menzionato art. 9, infatti, per stabilire se la fattispecie circostanziata è *delitto* o *contravvenzione*, occorre prendere in considerazione, non già la specie di pena del reato semplice, ma la specie di pena derivante dalla presenza della circostanza autonoma;

9) sempre in una visione retrospettiva si potrebbe, infine, sottolineare il fatto che le circostanze hanno talora assunto decisiva rilevanza ai fini della concedibilità dell'*amnistia* e dell'*indulto* all'interno dei vari provvedimenti di concessione dei suddetti benefici.

Passando ora agli effetti che le circostanze possono produrre sulla disciplina processuale:

1) occorre, in primo luogo, ricordare la capacità di alcune circostanze di modificare il *regime di procedibilità* del reato cui accedono: così, ad esempio, i delitti di furto, truffa, minaccia, lesioni colpose, anche gravi o gravissime, sono di regola punibili solo in presenza di querela; ma se sono aggravati ai sensi, rispettivamente, dell'art. 625, dell'art. 640 co. 3, dell'art. 612 co. 2 e dell'art. 590 ult. co., scatta la loro procedibilità d'ufficio;

2) in secondo luogo, dobbiamo rilevare che le circostanze aggravanti autonome e quelle ad effetto speciale, in forza della previsione espressa di cui all'art. 4 c.p.p., incidono sulla individuazione del *giudice competente* per materia;

3) sempre a proposito dell'individuazione del giudice competente, vale la pena, poi, segnalare il fondamentale ruolo svolto dalla presenza o

dall'assenza di determinate circostanze al fine di radicare la *competenza del giudice di pace*, nei casi previsti da quel ginepraio normativo che è l'art. 4 lett. a) d.lgs. 274/2000, in relazione a taluni reati, quali, tra gli altri, le lesioni personali, l'ingiuria, la diffamazione, la minaccia e alcuni delitti contro il patrimonio;

4) ancora: per effetto del rinvio operato dalla lett. a) e dalla lett. b) dell'art. 266 co. 1 c.p.p. al già citato art. 4 c.p.p., dalla presenza di circostanze aggravanti autonome o ad effetto speciale può dipendere la possibilità di disporre *intercettazioni telefoniche* per taluni delitti che, altrimenti, non rientrerebbero tra quelli 'intercettabili';

5) circostanze aggravanti autonome e ad effetto speciale rilevano, altresì, ai sensi dell'art. 550 co. 1 c.p.p., per individuare i casi in cui si procede con *citazione diretta a giudizio* dinanzi al Tribunale monocratico; ed il successivo comma dell'art. 550 c.p.p. contiene poi un elenco di reati per i quali è parimenti possibile la citazione diretta a giudizio, tra i quali figurano taluni delitti aggravati da specifiche aggravanti: ad esempio, l'aggravante dell'attribuzione di un fatto determinato per l'oltraggio a un magistrato in udienza, ai sensi dell'art. 343 co. 2; ovvero la qualità di custode per la violazione di sigilli, ai sensi dell'art. 349 co. 2;

6) la particolare considerazione riservata dal legislatore per le circostanze autonome e ad effetto speciale (v. i precedenti nn. 2, 4 e 5) riemerge, altresì, nell'art. 278 c.p.p., il quale, nel dettare i criteri per la determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle *misure cautelari*, dà specifico rilievo alle circostanze del predetto tipo (peraltro qui senza distinguere tra aggravanti o attenuanti), oltre che all'aggravante della minorata difesa (art. 61 n. 5) e all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4);

7) che talune circostanze possano incidere sul regime delle misure cautelari, è peraltro confermato almeno da altre due previsioni riferite a singole misure cautelari: in tema di *custodia cautelare in carcere*, l'art. 275 co. 3 c.p.p. dispone, infatti, che, in presenza di determinati requisiti, tale misura può

essere applicata in relazione ai delitti previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, a meno che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate; in tema, poi, di *allontanamento dalla casa familiare*, l'art. 282-*bis* co. 6 c.p.p. dispone che, in presenza di determinati requisiti, tale misura può essere applicata in relazione alle lesioni personali dolose e alla minaccia, ma solo se tali delitti risultano aggravati (le lesioni devono essere “comunque aggravate”; la minaccia, invece, deve essere aggravata ai sensi del “secondo comma” dell'art. 612);

8) il particolare rilievo, conferito dall'art. 278 c.p.p. alle circostanze autonome, a quelle ad effetto speciale, nonché all'aggravante della minorata difesa e all'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (v. il precedente n. 6), riemerge nuovamente, per effetto del rinvio operato dall'art. 379 c.p.p. a detto art. 278 c.p.p., anche in sede di determinazione della pena per poter procedere all'*arresto in flagranza* e al *fermo di indiziato di delitto*;

9) proprio con specifico riferimento all'*arresto in flagranza*, se si scorre il testo degli artt. 380 co. 2, e 381 co. 2 c.p.p., si potrà agevolmente constatare l'influenza esplicita da determinate circostanze sul regime di tale arresto: così, ad esempio, l'autore di violenza sessuale o di furto in abitazione è di regola soggetto all'arresto obbligatorio in flagranza, a meno che la violenza sessuale sia attenuata ai sensi del terzo comma dell'art. 609-*bis* (v. art. 380 co. 2 lett. *d-bis* c.p.p.), e il furto in abitazione sia attenuato ai sensi dell'art. 62 n. 4 (v. art. 380 co. 2 lett. *e-bis* c.p.p.); per contro, per il delitto di ricettazione e per quello di danneggiamento normalmente non si può procedere all'arresto in flagranza (rispettivamente, obbligatorio e facoltativo), a meno che la ricettazione sia aggravata ai sensi dell'art. 648 co. 1 secondo periodo (v. art. 380 co. 2 lett. *f-bis* c.p.p.), e il danneggiamento sia aggravato ai sensi dell'art. 635 co. 2 (v. art. 381 co. 2 lett. *b* c.p.p.);

10) un ulteriore momento di emersione del particolare rilievo conferito dal codice di rito alle circostanze autonome e a quelle ad effetto speciale è

segnato anche dall'art. 604 co. 1 c.p.p., ai sensi del quale il giudice d'appello, quando vi è stata condanna per una circostanza aggravante del predetto tipo, non ritualmente contestata e non elisa nel giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69, deve disporre la *nullità parziale della sentenza appellata* e rinviare gli atti al giudice di primo grado;

11) la presenza di determinate circostanze può, altresì, influire sui termini di *durata massima delle indagini preliminari* ai sensi dell'art. 407 c.p.p: così, ad esempio, in relazione alla rapina e all'estorsione le indagini preliminari possono durare massimo 18 mesi, ma il termine aumenta a due anni se la rapina o l'estorsione sono aggravate ai sensi, rispettivamente, del terzo comma dell'art. 628 e del secondo comma dell'art. 629 (v. art. 407 co. 2 lett. a n. 2 c.p.p.);

12) affatto peculiare è, infine, il rilievo processuale dell'aggravante speciale dei delitti colposi di omicidio (art. 589 co. 2) e di lesioni gravi o gravissime (art. 590 co. 3), consistente nella violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro: la sua presenza fa, infatti, scattare una disciplina tutta particolare per quanto concerne i *termini per le indagini preliminari* e la *fissazione della data del giudizio* (v. artt. 406 co. 2-ter, 416 co. 2-bis, 429 co. 3-bis, 552 co. 1-bis e co. 1-ter, c.p.p.).

Ebbene le circostanze — al di là della loro definizione dogmatica di *accidentalium delicti*, al di là della *vulgata* manualistica che ne confina il ruolo “soltanto” alla modificazione della pena — possono, in realtà, giocare un ruolo tutt'altro che marginale nella partita della responsabilità dell'imputato, giacché la loro presenza o la loro assenza può comportare, oltre che un eventuale stravolgimento della pena finale, anche profonde modifiche della disciplina sostanziale e processuale del reato cui accedono.

L'aver constatato siffatto *enorme primato* delle circostanze sul reato potrebbe, conseguentemente, alimentare l'aspettativa che le circostanze siano sottoposte ad una regolamentazione legislativa rigorosa, tassativa e

coerente: sarebbe, insomma, legittimo attendersi che la legge vincoli e veicoli questo “potere” in termini il più possibile precisi e completi.

Cionondimeno si tratta di un'aspettativa destinata a rimanere profondamente delusa. Se si procede ad analizzare la complessiva disciplina legislativa delle circostanze, sarà, infatti, agevole rilevare come essa sia costellata da plurimi momenti di indeterminatezza, ambiguità, lacunosità e addirittura contraddittorietà, che finiscono per accrescere a dismisura la discrezionalità dei giudici chiamati ad interpretare ed applicare tale disciplina.

Ebbene le ambiguità, le incertezze e i vuoti lasciati dalla penna del legislatore sono così tanti e così significativi che la discrezionalità giudiziale rischia di assumere una dimensione patologica, sconfinando *tout court* nell'arbitrio: numerosi e assai significativi sono, infatti, i momenti in cui il giudice, in fase di interpretazione e applicazione delle circostanze, è chiamato a precisarne, integrarne, talora addirittura crearne la disciplina.

In soluzione di continuità con i pregressi eventi formativi organizzati dall'Associazione Forense Bologna, il seminario stimolerà tra i Relatori un dibattito, un confronto di idee, un raccordo sinergico ed osmotico tra mondi diversi e pervasivi (quello dell'Avvocatura, dell'Accademia e della Magistratura) al fine di esaminare compiutamente l'impatto della disciplina delle circostanze del reato nell'attuale assetto normativo e giurisprudenziale.

Cordiali saluti.

Bologna, 06 febbraio 2017

Il Presidente dell'Associazione Forense Bologna

Avv. Matteo Murgo

Tel. 051/234963

Fax 051/229996

337/358949

matteo.murgo@hotmail.it